(فهرس العنايه شرح الهدايه)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

لما فرغ من ذكر انواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع في بيان ما بقي منها *
وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما مزيل للملك * والبيع في اللغة مبادلة المال بالمال
ويزاد عليه في الشرع فقيل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب *
وهو من الاضداد لانه يطلق على الاخراج والادخال يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه [illegible] *
ولاشتماله على الانواع الآتي ذكرها جمعه * وجوازه ثابت بالكتاب بقول الله تعالى
وَاَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبٰوا * وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون
فقررهم على ذلك والتقرير احد وجوه السنة * وبالاجماع فانه لم ينكره احد من المليين
وغيرهم * وبالمعقول وهو سبب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك
وبيناه ذلك في التقرير * وركنه الايجاب والقبول او ما دل على ذلك * وشرطه
من جهة العاقد العقل والتمييز * ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور التسليم *
وحكمه افادة الملك والقدرة على التصرف في المحل شرعا * ولذا كان يتصرف المشتري
في [illegible] القبض بالبيع فاسدا مع كونه ملكا لان ذلك التصرف ليس بشرعي
[illegible] صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض [illegible] من شرعية البيع *

(كتاب البيوع)

وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن * وانواعه باعتبار المبيع اربعة بيع السلع بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين ويسمى مطلقا وبيع الدين بالدين اعني الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى صرفا وبيع الدين بالعين ويسمى سلما * وباعتبار الثمن كذلك * المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وسيأتي تفسيرها * **قوله** البيع ينعقد بالايجاب والقبول الانعقاد ههنا تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر اثره في المحل * والايجاب الاثبات وسمي ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لانه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا ولا خفاء في وجه تسمية الكلام المتقدم ايجابا والمتأخر قبولا * وشرطه ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مثل ان يقول الموجب بعت والمجيب اشتريت لان البيع انشاء تصرف شرعي وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به * اما ان البيع انشاء فلان الانشاء اثبات ما لم يكن وهو صادق على البيع لا محالة * واما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرعا * واما ان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تلقي الامور الشرعية لا يكون الا منه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينعقد به تقرير كلام الشيخ رح * ولا بد من ضم شيء الى ذلك وهو ان يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر * **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصرا عليه * ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لا بيعا وان كان من جانب المشتري كان مساومة * قيل هذا اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال * واما اذا كان المراد ذلك فينعقد البيع واسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي * ثم قيل في تعليله لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت النية

فصحت النية * وقيل لان هذا اللفظ وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز * وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال ولا وضع له * فان اراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به و نية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل * وان اراد ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز ان يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الاثر والمعقول * لا يقال سلمنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى ما ينفي ارادة الحقيقة لا ان الحقيقة تحتاج الى ما ينفي ارادة المجاز على انه دافع للمعقول دون الاثر المنقول * فان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي * فالجواب ان يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى النية * **قوله** بخلاف النكاح يعني انه ينعقد بذلك فان احدهما اذا قال زوجني فقال الآخر زوجتك انعقد به وقد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح * **قوله** وقوله رضيت او اعطيتك هذا لبيان ان انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت واشتريت بل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي الثمن او قال اشتريت منك هذا بكذا فقال رضيت او اعطيت اي المبيع بذلك الثمن انعقد لافادة المعنى المقصود وكذا اذا قال اشتريت هذا منك بكذا فقال خذه يعني بعت بذلك فخذه لانه امره [illegible] بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء * فصار كل ما يؤدي معنى [illegible] ريت سواء في انعقاد البيع به لان المعنى هو المعتبر في هذه العقود وقيده بذلك لان [illegible] ض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كما في المفاوضة اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه ولهذا اي ولكون المعنى

(كتاب البيوع)

هو المعتبر في هذه العقود ينعقد البيع بالتعاطي في النفيس والخسيس لتحقق المقصود وهو التراضي وقوله هو الصحيح احتراز عما قال الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالبقل وامثاله * ثم ان محمدا رح اشار في الجامع الصغير الى ان تسليم المبيع يكفي في تحققه * **قوله** واذا اوجب اذا قال البائع مثلا بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى خيار القبول وهذا لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف * واذا كان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم بدون قبول الآخر كان للموجب ان يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير * فان قيل سلمنا ان ايجاب احدهما غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البائع وهو حق للمشتري فلا يكون الرجوع خاليا عن ابطال حق الغير * فالجواب ان الايجاب اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو الملك كان الملك حقيقة للبائع وحق التملك للمشتري وان سلم ثبوته بايجاب البائع لا يمنع الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة * ولا ينتقض بما اذا دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول فان المزكي لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع لان حقيقة الملك زالت من المزكي فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه * **قوله** والايجاب يبقى الى آخر المجلس يجوز ان يكون جوابا عما يقال ما وجه اختصاص جواز القبول بالمجلس ولم لا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول او لم لا يتوقف على ما وراء المجلس * وتقرير الجواب ان في ابطاله قبل انقضاء المجلس عسرا للمشتري وفي ابقائه فيما وراء المجلس عسرا للبائع رعاية للتيسير في المجلس تيسيرا لهما والمجلس جامع للمتفرقات كما تقدم في اول الكتاب فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر * فان قيل لم لم يكن الخلع والعتق على مال كذلك * فالجواب انهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى ...

والمولى فكان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهما على ما وراء المجلس * **قوله** والكتاب كالخطاب اذا كتب اما بعد فقد بعتك عبدي فلانا بالف درهم او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف درهم فاذهب واخبره بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل اليه فقالا في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر * لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يبلّغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب فكان ذلك سواء في كونه مبلغا وكذلك الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه * **قوله** وليس له ان يقبل في بعض المبيع يعني اذا اوجب البائع البيع في شيئين فصاعدا واراد المشتري قبول العقد في احدهما لا غير فانكانت الصفقة واحدة ليس له ذلك لتضرر البائع بتفريق الصفقة عليه لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الجيد الى الردي في البياعات وينقصون عن ثمن الجيد لترويج الردي به فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فيزول الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع لا محالة * وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح * واما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبدا بالف مثلا وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه ان يقال يتضرر البائع بسبب الشركة * فان قيل فان رضي البائع في المجلس هل يصح اولا * اجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استينافا ايجاب لا قبولا ورضى البائع قبولا وقال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من الثمن كما في الصورة المذكورة وفي القفيزين باعهما بعشرة لان الثمن يقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل بعض معلومة * فاما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد بقبول احدهما وان رضي البائع لانه يلزم البيع بالحصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتي * وانكانت الصفقة متفرقة فله ذلك لانتفاء الضرر عن البائع واليه اشار بقوله الا اذا بين ثمن

(كتاب البيوع)

كل واحد لانه صفقات معنى والصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه * والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها * واذا اتحد الجميع اتحد الصفقة * وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت * واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كان قال بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والآخر باربعين وذلك يكون صفقة واحدة ايضا * واتحاد الجميع سوى البائع كان قال بعنا منك هذا بمائة فقال قبلت يوجب اتحاد الصفقة * واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك * وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة * وتفرق المبيع والثمن انكان بتكرير لفظ البيع فكذلك وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء هذا كله قياسا واستحسانا * واما اذا تعدد البائع مع تعدد الثمن والمبيع بلا تكرير لفظ البيع وكذا اذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا * وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي حنيفة رح ويوجب على قول صاحبيه رح * **قوله** وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب هذا متصل بقوله ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهو اشارة الى ان رد الايجاب تارة يكون صريحا واخرى دلالة فان القيام دليل الاعراض والرجوع وقد ذكرنا ان للموجب الرجوع صريحا والدلالة تعمل عمل الصريح * فان قيل الدلالة تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يعارضه وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترجح على الدلالة * اجيب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها واذا حصل الايجاب والقبول تم البيع ولزم وليس لواحد من العاقدين الخيار الا من عيب او عدم رؤية خلافا للشافعي رح فانه اثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى ان لكل من العاقدين بعد تمام العقد ان يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالابدان * واستدل على ذلك بقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا فان

(كتاب البيوع)

فان التفرق عرض فيقوم بالجوهر وهو الابدان * ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر وهو لا يجوز والجواب عن الحديث انه محمول على خيار القبول وقد تقدم تفسيره وفيه اشارة الى ذلك لان الاحوال ثلث قبل قولهما وبعد قولهما وبعد كلام الموجب قبل قبول المجيب واطلاق المتبايعين في الاولين مجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه والثالث حقيقة فيكون مرادا او يحتمل ان يكون مرادا فيحمل عليه * والفرق بينهما ان احدهما مراد والآخر محتمل للارادة * لا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر فيكونان متبايعين بعد وجود كلامهما لان الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما والكلام في حقيقة الكلام وهذا التاويل منقول عن ابراهيم النخعي رح * **قوله** والتفرق تفرق الاقوال جواب عما يقال التفرق عرض فيقوم بالجوهر * ولقائل ان يقول حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي اهل السنة فيكون اسناد التفرق اليهما مجازا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم * واجيب بان اسناد التفريق والتفرق الى غير الاعيان سائغ شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة * قال الله تعالى وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِيْنَ اُوْتُوا الْكِتٰبَ الآية وقال لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ اَحَدٍ مِّنْ رُّسُلِهٖ والمراد التفرق في الاعتقاد وقال عليه الصلوة والسلام ستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وهذا ايضا في الاعتقاد * وفيه نظر لان المجاز باعتبار ما يؤل اليه او ما كان عليه ايضا كذلك * على ان ذلك يصح على مذهب ابي يوسف ومحمد رح لا على مذهب ابي حنيفة رح فان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده * ولعل الاولى ان يقال حمله على التفرق بالابدان رد الى جهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من اشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده وهذا معنى قول مالك رح ليس لهذا الحديث حد معروف * او نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ونرجح جهة التفرق بالاقوال بما ذكرنا من اداء حمله على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل اعني حمل التفرق على الاقوال

(كتاب البيوع).

منقول عن محمد بن الحسن رح * **قوله** والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع الاعواض المشار اليها ثمنا كانت او مثمنا لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف النافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الذين اوجبهما عقد البيع فان جهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة لوجود ما هو اقوى منه في التعريف وكون التقابض ناجزا في البيع بخلاف السلم على ما سيأتي * وهذا انما يستقيم اذا ما لم يكن الاعواض ربوية اما اذا كانت فجهالة المقدار تمنع الصحة لاحتمال الربوا * وانما لم يقيد في الكتاب لان ذلك مما يتعلق بالربوا وهذا الباب ليس لبيانه * **قوله** والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة الاثمان المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد الا ان تكون معلومة القدر كعشرة ونحوها * والصفة ككونه بخاريا او سمرقنديا لان التسليم واجب بالعقد وكلما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية الى النزاع فالتسليم يمتنع بها وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم ويفوت الغرض المطلوب من البيع * **قوله** ويجوز البيع بثمن حال قال الكرخي رح المبيع ما يتعين في العقد * والثمن ما لا يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي رح في البيع وهو ثمن بالاتفاق * وقال ابو الفضل الكرماني في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء * وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن * وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على احد طريقي اصحابنا في الاجارة * والثمن ما يقابله وينقسم كل منهما اي الثمن والمبيع الى محض ومتردد * فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى اجل بدلا عن عين فانها اثمان * وليس اشتراط الاجل لكونها ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة * والثمن المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير * والمتردد بينهما

بينهما كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها * اثمان نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة وان قابلها عين وهي معينة فهي مبيعة واثمان ايضا لان البيع لا بد له منهما وليس احدهما اولى بان يجعل مبيعا من الآخر فجعل كل واحد مبيعا وثمنا * وان كانت اعني المكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل ان يقال اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها كانت ثمنا * وان دخلت في غيرها كان يقال اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعة ولا يصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم في هذا الموضع * واقول الاعيان ثلثة * نقود اعنى الدراهم والدنانير * وسلع كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك * ومقدرات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة * وبيع غير النقدين بالنقدين يشتمل على المبيع المحض والثمن المحض * وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه * **قوله** ومؤجل البيع بالثمن الحالّ والمؤجل جائز لاطلاق قوله تعالى وَأَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبٰوا ولما روي انه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه لكن لا بد ان يكون الاجل معلوما لئلا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم والتسلم فربما يطالبه البائع في مدة قريبة والمشتري يؤخره الى بعيدها * **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد ومن اطلق الثمن عن ذكر الصفة دون القدر كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا اوسمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد فان كانت في البلد الذي وقع فيه العقد نقود مختلفة كان العقد فاسدا الا ان يبين احدها واعلم اني اذكر لك في هذا الموضع الاقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجمالا ثم انزلها على متن الكتاب حلا له فاني ما وجدت من الشارحين رح من تصدى لذلك على ما ينبغي * فاقول اذا كان في البلد نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية وفي الرواج اوفي المالية دون الرواج اوفي الرواج دون المالية اولا يكون في شيء منهما

بل في مجرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا * فان كان الاول جاز البيع وانصرف
الى الاروج * وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم
والتسلم * وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الاروج تحريا للجواز * وان كان الرابع
فكذلك لان الجهالة ليست موقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم * واذا عرف هذا
فقوله فان كانت النقود مختلفة يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري
افضل في المالية من المغربي اذا فرض استواؤهما في الرواج فالبيع فاسد لان الجهالة
تفضي الى النزاع اشارة الى القسم الثاني الا ان ترفع الجهالة ببيان احدهما في المجلس **قوله**
او يكون احدهما اغلب واروج فحينئذ يصرف البيع اليه تحريا للجواز اشارة الى القسم الاول
والى القسم الثالث لان كون احدهما اروج اعم من ان يكون مع اختلاف في المالية او مع استواء
والبيع جائز فيهما **قوله** هذا اي فساد البيع اذا كانت مختلفة في المالية يعني مع الاستواء
في الرواج اشارة الى القسم الثاني اعاده للتمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنان منه
دانقا والثلاثي وهو ما يكون الثلاث منه دانقا والعدلي الصرتي اليوم بسمرقند فانه بمنزلة الناصري
ببخارى والاخر [illegible] العدلي [illegible] وفقهاء ما وراء النهر يسمون الدرهم [illegible]
وكل [illegible] في الرواج **قوله** فان كانت سواء [illegible] اي
في المالية يعني مع استوائهما في الرواج اشارة الى القسم [illegible] **قوله** جاز [illegible]
اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا اي [illegible]
الى [illegible]
لا [illegible] المنازعة لاستوائهما في الرواج [illegible]
فانه حصل من قوله اذا كانت مختلفة في المالية [illegible]
فان كانت سواء [illegible]
جاز [illegible]

ما كان اثنان منه دانقا وما كان ثلثة منه دانقا لا يكون فى المالية سواء لكن يمكن ان يكون فى الرواج سواء * هذا ما سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم بالصواب * **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي فى الوكالة * وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وامثالهما كل ذلك اذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه او بخلافه واذا بيع مجازفة فان كان شيئا لا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز الا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم * لا يقال لا دلالة فى الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث * ولان الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة فصار كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا * **قوله** ويجوز باناء بعينه اذا باع الطعام او الحبوب باناء بعينه او بوزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز لان الجهالة المانعة ما تفضي الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم فى البيع معجل فيندر هلاك كل منهما اي من الاناء والحجر قبل التسليم * قيل يشكل على هذا ما اذا باع احد العبيد الاربعة على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام يأخذ ايهم شاء ويرد الباقين او اشترى باي ثمن شاء فان الجهالة لم تفض الى المنازعة والبيع باطل * وليس بوارد لانا قلنا ان الجهالة المفضية الى النزاع مفسد للعقد وهذا لا نزاع فيه ولم نقل ان كل ما هو باطل لا بد ان يكون للجهالة فيجوز ان يكون البيع باطلا لمعنى آخر وهو عدم المعقود عليه لكونه غير عين فى الاولى ولعدم الثمن فى الثانية * وروي عن ابي يوسف رح ان الجواز فيما اذا كان المكيال لا ينكبس بالكبس كالقصعة وحيث اما اذا كان مما ينكبس كالزنبيل ونحوه فانه لا يجوز بخلاف السلم فانه لا يجوز باناء مجهول القدر وان كان معينا وكذا الحجر لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله

فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح في رواية الحسن بن زياد ان البيع ايضا لا يجوز كالسلم
لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر القدر
ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها المعقود عليه ما سمي
من القدر ولم يوجد شيء منهما فان الفرض عدم المجازفة والمكيال اذا لم يكن معلوما
لم يسم شيء من القدر والاول اصح يعني من حيث الدليل فان المعيار المعين لم يتباعد
عن المجازفة واظهر يعني من حيث الرواية * **قوله** ومن باع صبرة طعام اذا قال البائع بعتك
هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جملة القفزان
او بالكيل في المجلس اولا * فان كان الاول فالبيع جائز والمبيع جملة ما فيها من القفزان *
وان كان الثاني فالمبيع قفيز واحد عند ابي حنيفة رح وجملة القفزان كالاول عندهما *
لابي حنيفة رح ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي
الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن اولا والثمن غير معلوم فيقع النزاع
واذا تعذر الصرف الى الكل يصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة
في المجلس باحد الامرين المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة
كما تقدم * فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكن ينقلب جائزا كما اذا كان فاسدا بحكم
اجل مجهول او شرط الخيار اربعة ايام * اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع
من الانقلاب ويتقيد بالمجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لامر عارض
فلا يتقيد بالمجلس لصحته بظهوره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل * ولهما ان هذه جهالة
ازالتها في ايديهما وما كان كذلك فهو غير مانع * اما ان ازالتها بايديهما فلانها
ترتفع بكيل كل منهما * وقد يقال بايديهما احترازا عن البيع بالرقم فانه لا يجوز لان ازالتها
اما بيد البائع ان كان هو الراقم او بيد الاخر ان كان الراقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يقدر
على ازالتها * واما ان كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما اذا باع عبدا من عبدين على

على ان المشتري بالخيار واجيب لابي حنيفة رح ان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه
استحسانا بالنص معناه انه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتا بدلالة النص
والاستحسان بالنص لا يتعدى الى غيره فلهذا لم يجوزه ابو حنيفة رح فيما نحن فيه قياسا
واستحسانا ثم اذا اجاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح كان للمشتري الخيار لتفرق
الصفقة عليه دون البائع لان التفريق وان كان في حقه ايضا لكنه جاء من قبله بالامتناع
عن تسمية جملة القفزان فكان راضيا به * وهذا صحيح اذا علمها ولم يسم واما اذا لم يعلم بها
فالوجه انه نزل منزلة من باع ما لم يره لما يأتي فلا خيار له * وفيه بحث اما اولا فلان
تفريق الصفقة لو استلزم الخيار لاطرد وليس كذلك فانه اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بالف
ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز
في نصيبه ولا خيار له فههنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار * واما ثانيا فان قياس قول
ابي حنيفة رح ان لا يتخير المشتري للزوم انصراف البيع الى الواحد بعلمه كما لو اشترى
قنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار موجب
التفريق والتفريق انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري يقبل البعض
وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة رح * والجواب عن الاول انا لا نسلم
تفريق الصفقة لان الشرى لم يقع على الكل حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا
وانما وقع على نصيب شريكه لاغير لان في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن وانه لا يجوز فصار كما اشترى قنا ومدبرا فان البيع ينصرف الى القن فقط
لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن * وعن الثاني بان انصراف البيع الى قفيز
واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة
على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة رح وهذا ضعيف لان قولهما ان الكل
مبيع فمن اين التفريق * والاولى ان يقال قياس قول ابي حنيفة رح تفريق الصفقة

لان الصيغة موضوعة للكثرة وقصدهما ايضا الكثرة وما ثمه مانع شرعي من الصرف الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس صح والصرف الى الاقل باعتبار تعذر الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك * بقي ان يقال فكان الواجب ان يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث منه **قوله** وكذا اذا كيل في المجلس او سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع او نقصت فيحتاج ان يشتري من مكان آخر وهل يوافق اولا فصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدودات المتقاربة * واما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبيع عند ابي حنيفة رح في الجميع فاسد وقياس قوله الصرف الى الواحد كما في المكيلات الا ان التفاوت بين الشياه موجود وفي ذلك جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف المكيلات * وحكم المذروعات اذا بيعت مذراعة حكم الغنم اذا لم يبين جملة الذرعان وجملة الثمن واما اذا بينهما او احدهما كما اذا قال بعتك هذا الثوب وهي عشرة اذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب وهي عشرة اذرع كل ذراع بدرهم او قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصحيح اما الاولى فظاهرة واما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجملة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب واما الثالثة فلانه لما سمى لكل ذراع درهما وبين جملة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والاواني واما عدهما فهو جائز في الكل لما تلنا اي ان الجهالة بيدهما ازالتها **قوله** ومن ابتاع صبرة اذا اشترى صبرة طعام على انها مائة قفيز بمائة درهم فلا يخلوا عند الكيل من ان يكون مثل ذلك او اقل منه او اكثر فان كان الاول فذاك

هذا ك وانكان الثاني خير المشتري بين اخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الفسخ لتفرق الصفقه الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضى وانكان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر اي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لايتناول فكان للبائع لايجب تسليمه الا بصفقة على حدة وكذا اذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء اباشراها او تركاها واذا كان المشتري مذروعا بان اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائه ذراع بمائة فوجدها اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه لان الدراع وصف في الثوب المبيع وكلما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذراع في الثوب لا يقابله شيء من الثمن * اما انه وصف فقد بينه بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض واما ان الوصف لا يقابله شيء من الثمن فقد بينه بقوله كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص من الثمن شيء فلهذا اي فلكون الذراع وصفا لا يقابله شيء من الثمن يأخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول * يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته وقوله الا انه يتخير استثناء من قوله يأخذ بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها اكثر من الدراع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولاخيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير * واعلم ان هذه المسئلة من اشكل مسائل الفقه وقد منع ان يكون الذراع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله الا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيم لانه كما يجوز ان يقال شيء طويل او عريض يقال شيء قليل او كثير ثم عشرة اقفزة اكثر من تسع لا محالة فكيف

(كتاب البيوع)

هل الذراع الزائد وصف او دون القفيز * وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الاصل والوصف وقد اختلفت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ما تعيب بالتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فهو اصل * وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل * وقيل ما لا ينقص الباقي بفواته فهو اصل وما لا يكون كذلك فهو وصف وهو قريب من الثاني * والمكيل لا يتعيب بالتبعيض والمذروع يتعيب وعشرة اقفزة اذا انتقص منها قفيز فالتسعة تشترى بالثمن الذي يخصها مع القفيز الواحد فيما اذا قال اشتريت هذه الصبرة بعشرة دراهم على انها عشرة اقفزة واما الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا انتقص فان الباقي لا يشترى بالثمن الذي كان يشترى معه فان الثوب العتابي مثلا اذا كان خمسة عشر ذراعا فالخمسة الزائدة على العشرة تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة العشرة ايضا * واذا عرفت هذا اعرف ان القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن اصل ومن حيث الذرع وصف وهو اصطلاح وقع على ما هو المتعارف بين التجار * فان قيل سلمنا ان الذراع وصف لكن لا نسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كمن اشترى عبدا واعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف المذكور * واجيب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري اولحق الشرع بان كان ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب اخذ شبها بالاصل فاخذ قسطا من الثمن قوله ولو قال بعتكها يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع لو كان ثيابا لم تكن هذه المسئلة والاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع

ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فان وجدت ناقصة اخذها المشتري بحصتها من الثمن اوترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فنزّل كل ذراع منزلة ثوب وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودًا بالتناول وهذا اي اخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لواخذه بجميع الثمن لم يكن المشتري آخذا كل ذراع بدرهم وهو لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم فان كلمة على تأتي للشرط كما عرف في موضعه * ونوقض بالمسئلة الاولى بان الذراع لو امكن ان يكون اصلا بذكر الثمن كان اصلًا في المسئلة الاولى ايضًا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع ومقابلة الجملة بالجملة تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد * واجيب بان الذراع اصل من وجه من حيث انه من اجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجه من حيث انه لايقابله شيء من الثمن كالجمال والكتابة * ثم لوجعلنا عشرة اذرع منقسما على الافراد عند ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين * وفيه نظر لان قوله من حيث انه لايقابله شيء من الثمن معلولٌ للوصفية فلا يكون علة لها والاولى ان يقال اذا لم يفرد كل ذراع بالذكر كان كل ذراع مبيعا ضمنا ولا معتبر بذلك لما ذكرنا ان الوصف يصير اصلا اذا كان مقصودا بالتناول وان وجدت زائدة اخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم اوفسخ اما خيار الفسخ فلانه ان حصل له الزيادة في الذراع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيتخير واما لزوم الزيادة فلما بيّنا انه صار اصلا مشروطا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط وفيه بحث من وجهين اما الاول فهو ان كل ذراع انكان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها اكثر او اقل كما لوكان العقد واردًا على اثواب عشرة وقد وجدت احد عشر اوتسعة على ما يأتي * واما الثاني فهو ان الذراع لوكان اصلًا بافراد ذكر

الثمن امتنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشرة فان الزيادة لا تدخل الا بصفقة على حدة وقد تقدم وههنا دخلت في تلك الصفقة * والجواب عن الاول ان الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك * وعن الثاني بان الذراع الزائد لو لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريًا للجواز والقفيز الزائد ليس كذلك **قوله** ومن اشترى عشرة اذرع شرى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار او حمام اعني ان يكون المبيع مما ينقسم او مما لا ينقسم فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وعندهما هو جائز واذا كان الدار مائة ذراع واشترى عشرة اسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة سهم في كونها عُشرا فتخصيص الجواز باحدهما تحكّم ولابي حنيفة رح ان الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها وارادتها ههنا متعذرة فيصير مجازا لما يحله بطريق ذكر الحال وارادة المحل وما يحله لا يكون الا معينا مشخصا لانه فعل حسي يقتضي محلًّا حسيًا والمشاع ليس كذلك فما يحله لا يكون مشاعا فلا يستعمل فيه الذراع لعدم مجوز المجاز وذلك اي العشرة الاذرع غير معلوم ههنا اذ لم يعلم ان العشرة من اي جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة بخلاف السهم فانه اسم للجزء الشائع لا يقتضي محلا حسيا فيجوز ان يكون في الشائع فالجهالة لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبه منها وليس لصاحب العشرة ان يدفع صاحب الباقي من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا

خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد انما هو عند جهالة جملة الذرعان * واما اذا عرفت مسئلتها فانه يجوز * جعل هذه المسئلة نظيرما ان باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده **قوله** ومن اشترى عدلا على انه عشرة اثواب عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل اذا اشترى عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم فكان تسعة او احد عشر فسد البيع اما اذا زاد فلجهالة المبيع لان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة * واما اذا نقص فلوجوب سقوط حصة الناقص منه من ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان جيدا او وسطا او رديا وح لا يدري قيمته بيقين حتى يسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده واذا بين لكل ثوب ثمنا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان بقدره لكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء ترك لانه تغير شرط عقده ولم يجز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشائخنا من قال ان البيع فاسد عند ابيحنيفة رح في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل واحد منهما فانه لا يجوز البيع عنده في القن خلافا لهما كذلك هذا * واستدل على ذلك بما ذكر محمد رح في الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والآخر مروي فالبيع فاسد في الهروي والمروي جميعا عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز في الهروي * ووجه الاستدلال ان الفائت في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب فاذا كان فوات الصفة في احد البدلين مفسدا للعقد على مذهبه ففوات احدهما من الاصل اولى ان يفسد قال الشيخ وليس بصحيح لان ثمن الناقص معلوم قطعا فلا يضر في الباقي وفرق بين

هذه المسئلة ومسئلة الجامع بقوله لانه جعل القبول فى المروي شرطا للعقد فى الهروي
وهو شرط فاسد لان المروي غير مذكور فى العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا
وهذا لا يوجد ههنا فانه ما شرط قبول العقد فى المعدوم ولا قصد ايراد العقد على المعدوم
لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط فى العدد * وهروي
بفتح الراء * ومروي بسكونها منسوب الى هرات ومرو قريتان بخراسان **قوله**
ولو اشترى ثوبا واحدا اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
فزاد او نقص نصف ذراع قال ابو حنيفة رح اذا زاد اخذه بعشرة بلا خيار وفى النقصان
بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح ان زاد اخذه باحد عشر ان شاء وان نقص بعشرة ان شاء
وقال محمد رح اخذ فى الاول بعشرة ونصف وفى الثاني بتسعة ونصف ان شاء لانه قابل
كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدرهم فيجزي عليه
من التجزية وفي بعض النسخ يجري عليه اي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع
عشرة بعشرة فنقص ذراع ولابي يوسف رح ان بافراد البدل صار كل ذراع كثوب
على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن
يثبت له الخيار وقد تقدم ولابي حنيفة رح قد ثبت ان الذراع وصف فى الاصل لا يقابله شيء
من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط قيد بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع
فكان الشرط معدوما وزال موجب كونه اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف
وصارت الزيادة على العشرة بالتسمية كزيادة صفة الجودة فتسلم له مجانا * وعلى هذه الاقوال
الملتقى الثوب الذي يتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية واما الكرباس الذي
لا يتفاوت جوانبه لا تسلم الزيادة له لانه وان اتصل بعضه ببعض فهو في معنى المكيل
والموزون لعدم تضرره بالقطع وعلى هذا قال المشائخ اذا باع ذراعا منه ولم يبين موضعه
جاز كما في الحنطة اذا باع قفيزا منها فصـــــل مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين

قاعدتين * احدٰيهما ان كل ما هو متناولٌ اسم البيع عرفا دخل فى البيع وان لم يُذكر صريحا * والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصالَ قرار كان تابعًا له فى الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا لان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء جميعا فى العرف لا يقال لا نم تناوله البناء فى العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداعٍ الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء متصل به اي بالارض على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له واذا باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر كبيرة كانت او صغيرة مثمرة او غيرها على الاصح وان لم يسمه للاتصال فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع فى الدار ونوقض بالحمل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام * والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور فان البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الام **قوله** ومن باع نخلا او شجرا عليه ثمر فثمرته للبائع الا ان يقول المشتري اشتريته مع ثمرته لقوله عليه الصلوة والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع وفيه دلالة على ان ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لان المعقود عليه ارض فيها نخل عليه ثمر فقال عليه الصلوة والسلام الثمرة للبائع الا بالشرط ولم يذكر النخل وقوله ولان الاتصال وان كان خلقة فيه اشارة الى ان الاعتبار لثاني الحال والحال الاولى لا فرق فيها بين ان يكون خلقة او موضوعا ويقال للبائع سلم المبيع فارغا لوجوب ذلك عليه فيؤمر بتفريغ ملك المشتري عن ملكه بقطع الثمرة ورفع الزرع وقال الشافعي رح يترك حتى يبدو صلاح الثمرة ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد والمعتاد ان لا يقطع وقاسه على

على ما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يؤخر الى الحصاد * والجواب
انا لانسلم ان المعتاد عدم القطع الى وقت البدو والاستحصاد سلمناه لكنه مشترك فانهم
قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك مالم يعارضه ما يسقطه وقد عارضه دلالة الرضاء
بذلك وهي اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا
قوله قلنا هناك اشارة الى الجواب عن المقيس عليه وتقريره ان التسليم واجب
في صورة انقضاء مدة الاجارة ايضاً ولا يترك الا باجر وتسليم العوض تسليم المعوض لايقال فليكن
فيما نحن فيه كذلك لما سيأتي ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة اولم يكن في كونه للبائع
في الصحيح وقيل اذا لم تكن له قيمة يدخل في البيع ويكون للمشتري ووجه الصحيح
ان بيعه منفردا يصح في اصح الروايتين وما صح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره اذا لم يكن
موضوعا للقرار **قوله** واما اذا بيعت الارض معطوف على قوله ولا فرق يعني الثمر لا يدخل
في البيع وان لم تكن له قيمة * واما الارض اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت فانه لا يدخل
في البيع لانه مودع فيها كالمتاع وذكر في فتاوى الفضلي ان ذلك فيما اذا لم يعفن البذر
في الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشتري وهذا لان بيع العفن بانفراده لا يصح فكان
تابعاً ولو نبت ولم يصر له قيمة قال ابو القاسم الصفار لا يدخل وقال ابو بكر الاسكاف
يدخل قال الشيخ وكان وصحح بعض الشارحين بتشديد النون هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناوله المشافر والمناجل فمن جوزه لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه
جعله تابعا *مشفر البعير شفته. والجمع مشافر * والمنجل ما يحصد به الزرع والجمع مناجل
قوله ولا يدخل الزرع والثمر اعلم ان الالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة اربعة الاول
بعت الارض او الشجر ولم يزد على ذلك وقد تقدم بيان ذلك والثاني بعت بحقوقها
ومرافقها والثالث بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها والرابع
بعت بكل قليل وكثير هو له فيها ولم يقل من حقوقها او من مرافقها وفي الثاني والثالث لا

لايدخل الزرع والثمرلان الحق في العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب * والمرافق ما يرتفق به وهو مختص بالتوابع كمسيل الماء * والزرع والثمرليسا كذلك فلا يدخلان * وفي الرابع يدخلان لعموم اللفظ * هذا اذا كان في الارض وعلى الشجرة واما اذا كان الثمر مجزوزا او الزرع محصودا فهو بمنزلة المتاع لايدخل الابالتصريح به **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بيع الثمر على الشجر اما ان يكون قبل الظهور او بعده والاول لايجوز والثاني جائز بدا صلاحها لانتفاع بني آدم اوعلف الدواب اولم يبد لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال اوفي الزمان الثاني فصار كبيع الجحش والمهر * وذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزاده رح ان البيع قبل ان ينتفع به لايجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل ان يبدو صلاحه * ولان البيع يختص بمال متقوم والثمر قبل بدو الصلاح ليس كذلك * قال الشيخ والاول اصح يعني رواية ودراية * اما الاولى فلما اشار اليه محمد رحمه الله في باب العشر لوباع الثمار في اول مايطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلولم يكن الشراء جائزا في اول مايطلع لما وجب العشر على المشتري * واما الثانية فلانه مال متقوم في الزمان الثاني ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع المهر والجحش وهو ثابت بالاتفاق * والجواب عن الحديث ان تاويله اذا باعه بشرط الترك او ان المراد به النهي عن بيعها سلما بدليل قوله عليه الصلوة والسلام ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك الى ان يبدو صلاحها اوبطريق السلم * واذا جاز البيع وجب على المشتري قطعها في الحال تفريغا لملك البائع **قوله** وهذا اشارة الى الجواز اي الجواز اذا اشتراها مطلقا اوبشرط القطع اما اذا قال اشتريته على اني اتركه على النخل فقد فسد البيع لانه شرط لايقتضيه العقد لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه فهو وشرط القطع سواء فكان

تركها على النخل شغل ملك الغير او ان في هذا البيع صفقة في صفقة لانه اعارة في بيع
او اجارة فيه لان تركها على النخل اما ان يكون باجر او بغيره والثاني اعارة والاول اجارة *
وذلك منهي عنه وفيه تامل لان ذلك انما يكون صفقة في صفقة ان لو جازت اعارة
الاشجار او اجارتها وليس كذلك نعم هو انما يستقيم فيما اذا باع الزرع بشرط الترك
فان اعارتها واجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة * هذا اذا كانت الثمرة لم تتناه في عظمها
اما اذا تناهى عظمها فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو القياس لان شرط
الترك مما لا يقتضيه العقد واما محمد رح فقد استحسن في هذه الصورة وقال لا يفسد
البيع لتعارف الناس بذلك بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم
وهو الذي يزيد لمعنى في الارض او الشجر والجواب انا لا نسلم ان التعامل جرى
في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بلا شرط في العقد ولو اشترى
الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له
الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته بان يقوم ذلك قبل الادراك ويقوم
بعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة وهي حصولها بقوة
الارض المغصوبة واذا تركها بغير اذنه بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير حالة من النيء الى النضج لا تحقق زيادة في الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه
المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها والقمر يلونها والكواكب
يعطيها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على النخيل باستيجار
النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطلان اجارة النخيل لعدم التعارف
فان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستيجار الاشجار ولعدم الحاجة الى ذلك لان
الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري
ان يشتري الثمار مع اصولها على ما سنذكر واذا بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا

معتبرا فيطيب له الفضل * فان قيل لانم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمَن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن * اجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لاتحقق له اصلاً ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لايتضمن شيئا حتى يبطل ببطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا * بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك الزرع وتركه حيث لايطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت ادراك الزرع فان الادراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الاصل فامكن ان يكون متضمنا لشيء ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن واذا انتفى الاذن كان الفضل خبيثا وسبيله التصدق * ولو اشترى الثمار مطلقا عن القطع والترك على النخيل وتركها واثمرت مدة الترك ثمرة اخرى فان كان قبل القبض يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار فسد البيع لانه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز وان كان بعد القبض لم يفسد البيع لان التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول في مقدار الزائد قول المشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له هذا ظاهر المذهب وكان شمس الائمة الحلوائي يفتي بجوازه ويزعم انه مروي عن اصحابنا وحكي عن الشيخ الامام الجليل ابي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله انه كان يفتي بجوازه ويقول اجعل الموجود اصلا وما يحدث بعد ذلك تبعا ولهذا اشترط ان يكون الخارج اكثر **قوله** وكذا في الباذنجان والبطيخ يعني ان البيع لايجوز اذا حدث شيء قبل القبض واذا حدث بعده يشتركان والمخلص اي الحيلة في جوازه فيما اذا حدث قبل القبض ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الائمة السرخسي انما يجوز بجعل الموجود اصلا والحادث تبعا اذا كان ثمه ضرورة ولا ضرورة ههنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول **قوله** ولا يجوز ان يبيع

ثمرة اذا باع ثمرة واستثنى منها ارطالا معلومة لم يجز خلافا لمالك ولم يبين ان مراده الثمر على رؤس النخل او ثمر مجزوز وذكر في بعض فوائد هذا الكتاب ان مراده ما كان على النخيل واما بيع المجزوز فجائز وهو مخالف لما ذكر في شرح الطحاوي فانه قال اذا باع الثمر على رؤس النخيل الاصاعا منها يجوز البيع لكون المستثنى معلوما كما اذا كان الثمر مجزوزا موضوعا على الارض فباع الكل الا صاعا يجوز وهذا يدل على ان الحكم فيهما سواء واستدل بقوله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل ايضا على ان الحكم فيهما سواء بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة كم هي نخلة قال المصنف رح قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واعترض بان الجهالة المانعة من الجواز ما كان مفضيا الى النزاع وهذه ليست كذلك لتراضيهما بذلك فلا تكون مانعة * واجيب بانا لا نسلم انها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعا من الثمر احسن ما يكون والمشتري يدفع اليه ما هو ارداء الثمر فيفضي الى النزاع * سلمنا ذلك لكن قد لا يكون الثمر الا قدر المستثنى فيخلو العقد عن الفائدة فلا يصح كما لا يصح مثله في المضاربة لهذا المعنى * وعن هذا قال بعض الشارحين يشير الى هذا قوله ارطالا معلومة * ورد بانه لو كان المستثنى صاعا واحدا او رطلا واحدا فالحكم كذلك وبانه لا يخ اما ان يبقى شئ بعد الاستثناء اولا وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد * اما الاول فلان الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوما سلمنا ان الباقي غير معلوم وزنا لكن ليس ذلك بشرط الا اذا باع موازنة وليس الغرض ذلك فجاز ان يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة * واما الثاني فلانه يكون ح استثناء الكل من الكل فيبطل الاستثناء فيجوز البيع * واجيب بان هذا باعتبار المآل وامافي الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شئ ام لا فصار مجهولا * وفيه نظر لانها ليست بمفضية الى النزاع فهو اول المسئلة ثم قال المصنف اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز بريد به على

على قياس ظاهر الرواية فان حكم هذه المسئلة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحا ولهذا قال ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وينعكس الى ان ما لا يجوز ايراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه وفي بيع اطراف الحيوان وحمله لا يرد عليه العقد بانفراده فكذا لا يجوز استثناؤه وهذا لان الاستثناء يقتضي ان يكون المستثنى مقصودا معلوما وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشاركا في القصد والعلم فما جاز ان يقع معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس * وعلى هذا لو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها بدرهم صح في جميع الصبرة الا في قفيز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه * واما لو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فلا يجوز لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه ولو قال الا هذه الشاة بعينها جاز لانه يجوز افراد العقد عليه فيجوز استثناؤه وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة * قيل ما الفرق بين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم الا هذه الشاة بعينها بمائة درهم فانه جائز وبين قوله بعتك هذا القطيع من الغنم كله على ان لي هذه الشاة الواحدة منه بعينها فانه لا يجوز مع انه قد استثنى الشاة المعينة من القطيع معنى * واجيب بان في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لانه لبيان انه لم يدخل كما عرف في الاصول فلم يكن افراده اخراجا بحصتها من الثمن فلا جهالة فيه واما في الشرط فان الشاة دخلت اولا في الجملة ثم خرجت بحصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الكل * ونظيره ما لو قال بعتك هذا العبد الا عشره فانه صحيح في تسعة اعشاره ولو قال على ان لي عشره لم يصح * قيل ولقائل ان يقول سلمنا ان ايراد العقد على الارطال المعلومة واستثناءها جائز لكن لا نسلم جواز بيع الباقي وهو مجهول *

والجواب انا لا نسلم ان الباقي مجهول لما ذكرنا ان المستثنى اذا كان معلوما لم تسر منه جهالة الى المستثنى منه الا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازفة وهي لا تحتاج الى معرفة مقدار المبيع **قوله** ويجوز بيع الحنطة في سنبلها بيع الشيء في غلافه لا يجوز الا الحبوب كالحنطة والباقلى والارز والسمسم وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلى الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد * واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغة بجنسه ولما روي ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ثمر النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها * وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى ان يستدل بقوله نهى فان النهي يقتضي المشروعية كما عرف **قوله** ولانه حب منتفع به كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له * وتقريره لا نسلم انه لا منفعة فيه بل هواي المبيع بقشره حب منتفع به ومن اكل العولية شهد بذلك * وان الحبوب المذكورة تدخر في قشرها قال الله تعالى فَذَرُوهُ فِي سُنبُلِهِ وهو انتفاع لا محالة فجاز البيع كبيع الشعير والجامع كونهما مالين متقومين ينتفع بهما وبيع تراب الصاغة انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لجهالة قدر ما في السنابل فان قيل ما الفرق بين مسئلتنا وبينما اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه وهما سيان في كون المبيع مغلفا * اجيب بان الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب وهو في القطن وانما يقال هذا قطن وكذلك في التمر * اليه اشار ابو يوسف رح **قوله** ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها الاغلاق جمع غلق بفتح اللام وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها بناء على ما تقدم ان ما كان موضوعا فيه للقرار كان داخلا والاغلاق كذلك لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في

في بيع الغلق بلاتسمية لانه كالجزء منه اذلا ينتفع به بدونه والداخل في الداخل في الشيء داخل في ذلك الشيء * فان قيل عدم الانتفاع بدون شيء لايستلزم دخوله في بيعه فان الانتفاع بالدار لايمكن الا بالطريق ولايدخل في بيع الدار * فالجواب ان الداخل في الداخل في الشيء داخل لامحالة وقوله الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق قلنا الانتفاع بها لايمكن الا بالطريق مطلقا او من حيث السكنى * والاول ممنوع فانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لامحالة * والثاني مسلم ولهذا دخل الطريق في الاجارة لكن ليس الكلام في ذلك * والقفل ومفتاحه لايدخلان والسلم ان اتصل بالبناء من خشب كان او حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل **قوله** واجرة الكيال وناقد الثمن اذا باع المكيل مكايلة او الموزون موازنة او المعدود عدا واحتاج الى اجرة الكيال والوزان والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال ومالايتم الواجب الابه فهو واجب * واما اجرة ناقد الثمن ففي رواية ابن رستم عن محمد رح هي على البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان النقد يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن وبه يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى النقد ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف المعيب ليرده ووجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يفتي صدر الشهيد رح واجرة وزان الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قوله** ومن باع سلعة بيع السلعة معجلا اما ان يكون بثمن او بسلعة فان كان الاول يقال للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لكونه مما لايتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا من حضرتهما

فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه * وان كان الثاني يقال لهما سلما معا لاستوائهما في التعين فلا يحتاج الى تقديم احدهما بالدفع *

* باب خيار الشرط *

خيار الشرط جائز البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لاخيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم * وانما كان عمله في منع الحكم دون السبب لان من حقه ان لا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العمل به فاظهرنا عمله في منع الحكم تقليلا لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم دون العكس * وهو على انواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا * وجائز بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلثة ايام فما دونها ومختلف فيه وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين فانه فاسد عند ابيحنيفة وزفر والشافعي رح جائز عند ابي يوسف ومحمد رح * سواء كان لاحد العاقدين او لهما جميعا او شرطا احدهما الخيار لغيره وجه قول ابيحنيفة رح في الخلافية ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات لمأمومة اصابت راسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام والخلابة الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا انا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه * فان قيل كيف جاز للبائع والمذكور في النص هو المشتري فكما عديتم في من له الخيار فلنعد في مدته * فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في المعنى المناط فيلحق به دلالة وكذا المدة ليس

ليس كقليلها لان معنى الغرور يتمكن بزيادة المدة فيزداد الغرور وهو مفسد * ولهما حديث ابن عمر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع به الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر وكان كثير المدة كقليلها فيلحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جائز قلت المدة او كثرت للحاجة والجوب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر رض * سلمنا انهما سواء لكن المذكور في حديث ابن عمر رض مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية او العيب وانه اجاز الرد بهما بعد الشهرين * ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الحادثة كان مصابا في الرأس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان اولى بها فدل على ان المقدر لنفي الزيادة * سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور ازيد وقد تقدم * والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة **قوله** الا انه اذا اجاز يجوز ان يكون استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها ومعناه لا يجوز اكثر منها لكن لو ذكر اكثر منها واجاز من له الخيار في الثلث جاز ويجوز ان يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول اولى لقوله خلافا لزفر رح فتامل وزفر يقول ان هذا عقد قد انعقد فاسدا والفاسد لا ينقلب جائزا لان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين او اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج امرأة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ولابي حنيفة رح انه اسقط المفسد اعلم ان مشائخنا رح اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول ابي حنيفة رح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع * وذهب اهل خراسان واليه مال شمس الائمة السرخسي الى انه موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فقوله انه اسقط المفسد قبل تقرره

اي قبل مضي ثلثة ايام تعليل على الرواية الاولى * وتقريره ان العقد فاسد في الحال بحكم الظاهر لان الظاهر دوامها على الشرط فاذا اسقط الخيار قبل دخول اليوم الرابع زال الموجب للفساد فيعود جائزا وهذا لان هذا العقد لم يكن فاسد العينه بل لما فيه من تغيير مقتضى العقد في اليوم الرابع فاذا ازال المغير عاد جائزا فصار كما اذا باع بالرقم وهو ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال او غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك فاذا قال بعتك هذا الثوب برقمه وقبل المشتري من غير ان يعلم المقدار انعقد البيع فاسدا فان علم المشتري قدر الرقم في المجلس وقبله انقلب جائزا بالاتفاق وقوله ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع تعليل على الرواية الثانية * وتقريره ان اشتراط الخيار غير مفسد للعقد وانما المفسد اتصال اليوم الرابع بالايام الثلثة فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فكان صحيحا والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان الفساد فيها في صلب العقد وهو البدل فلم يمكن رفعه وفي مسئلتنا في شرطه فامكن قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع بينهما فهو على وجوه اما ان قال على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع او قال على انه ان لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وهما فاسدان او قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما فهو جائز عند علمائنا الثلثة والقياس وهو قول زفر ان لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط صحيح الاقالة في البيع مثل ان يقول بعتك هذا بشرط ان تقيل البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها اولى ان يفسد واستحسن العلماء جوازه ووجهه ان هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ واذا كان في معناه كان ملحقا به ورد بانا لا نسلم انه في معناه لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل * واجيب بان النظر في الالحاق الى

انما هو الى المعنى المناط للحكم وهو الحاجة وهي موجودة فيهما واما الزائد على ذلك فلا معتبر به وقد قررناه في التقرير * فان قيل الحاجة تندفع باشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام فانه ان لم ينقد الثمن يفسخ العقد حتى يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه * اجيب بان من له الخيار لا يقدر على الفسخ في قول ابي حنيفة ومحمد رح الا بحضرة الآخر وعسى يتعذر ذلك فكانت الحاجة باقية واما اذا زاد على ثلثة ايام فقد اختلفوا فيه لم يجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رح وجوزه محمد رح اما ابو حنيفة رح فقد مر على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد رح مر على اصله في تجويز الزيادة في الملحق به وابو يوسف رح احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الثاني دون الاول ووجه ذلك ما قال المصنف رح وابو يوسف رح اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وتفسيره على وجهين * احدهما ان المراد بالاصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام والمراد بالاثر ما روي عن ابن عمر انه اجاز الخيار الى شهرين ومعناه تركنا القياس في الملحق به وهو شرط الخيار باثر ابن عمر رض وعملنا بالقياس في الملحق وهو التعليق بنقد الثمن لعدم النص فيه * والثاني ان يكون معناه اخذ ابو يوسف رح في الاصل اي في ثلثة ايام باثر ابن عمر رض وهو ما روي ان عبد الله بن عمر رض باع ناقة له من رجل بشرط انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما وفي هذا اي في الزائد على ثلثة ايام بالقياس وهو يقتضي عدم الجواز كما مر **قوله** وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه **قوله** وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وقد تقدم ان خيار الشرط قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما جميعا فاذا كان للبائع فالمبيع لا يخرج عن ملكه بالاتفاق والثمن يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق واذا كان للمشتري فالثمن لا يخرج عن ملك المشتري بالاتفاق والمبيع يخرج عن ملكه بالاتفاق واذا كان لهما لا يخرج شيء من المبيع والثمن عن ملك البائع

والمشتري بالاتفاق فاذا اخرج المبيع من ملك البائع او الثمن من ملك المشتري
هل يدخل في ملك المشتري والبائع فيه خلاف قال ابوحنيفة رح لا يدخل وقالا يدخل
اما دليل عدم خروج المبيع عن ملك البائع في الصورة الاولى فلما ذكره من قوله
لان تمام هذا السبب اي العلة بالمراضاة لكون الرضاء داخلا في حقيقته الشرعية
ولا يتم المراضاة مع الخيار لان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما فمنع ابتداء الحكم وهو الملك
فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه، ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه
باذن البائع فلو قبضه المشتري فهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم يكن مثليا خلافا
لابن ابي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان امانة في يده ونحن نقول البيع
ينفسخ بالهلاك والمنفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى
حال لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا يلحقها الاجازة وهو معنى قوله لانه كان موقوفا
ولا نفاذ بدون المحل وقد فات بالهلاك واما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض
بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه ان الضمان
الاصلي الثابت بالعقد في القيميات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا
ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقي الضمان الاصلي في مدة الخيار * واما اذا
هلك بعدها فيلزمه الثمن لا القيمة لبطلان الخيار اذ ذاك وتمام الرضاء * ولو هلك المبيع
في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما لو كان البيع صحيحا مطلقا عن الخيار *
قيل وانما ذكر الصحيح لان الحكم في الفاسد كذلك حملا لاحوال المسلمين على الصلاح *
واما دليل خروجه عن ملك المشتري اذا كان الخيار للمشتري فهو ان البيع لازم من جانبه * وتحقيقه
ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الاخر
واما ان البدل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك
عند ابي حنيفة رح فلانه لما لم يخرج الثمن عن ملكه لو دخل لزم اجتماع البدلين في ملك

ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع ولان المعاوضة تقتضي المساواة * ونوقض بالمدبر فان غاصبه اذا ضمن لصاحبه ملك البدل ولم يخرج المدبر عن ملكه فكان البدلان مجتمعين في ملك واحد * واجيب بان قوله حكما للمعاوضة يدفع النقض فان ضمان المدبر ضمان جناية وليس كلامنا فيه * ويدخل عندهما لانه لما خرج عن ملكه فلولم يدخل في ملك الآخر يكون زائلا لا الى مالك يعني سائبة ولا عهد لنا به في الشرع * ونوقض بما اذا اشترى متولي الكعبة عبدا لسدانة الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري * واجيب بان كلامنا في التجارة وما ذكرتم ليس منها بل هو ملحق بتوابع الاوقاف وحكم الاوقاف قد تقدم * ورجح قول ابي حنيفة رح بان شرعية الخيار نظرا للمشتري ليتروي فيقف على المصلحة فلو دخل في ملكه ربما كان عليه لا له بان كان المبيع قريبه فيعتق عليه من غير اختياره فعاد على موضوعه بالنقض **قوله** فان هلك في يده اي ان هلك المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آنفا ومراده عيب لا يرتفع كان قطعت يده واما ما جاز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلثة له ان يفسخ بعد الارتفاع واما اذا مضت والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد وتبين مما ذكر ان هلاك المبيع وتعيبه يوجب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع ويوجب الثمن اذا كان للمشتري فاحتاج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه ان المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهلاك لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم وتم فيلزمه الثمن المسمى واما اذا كان الخيار للبائع فلم يمتنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لا له فيهلك والبيع موقوف فيلزم القيمة **قوله** ومن اشترى امرأته هذه مسائل تترتب على الاصل المتقدم ذكره هو ان الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل

في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لماله من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطئ لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكراً فليس له ان يردها لان الوطئ ينقصها وهذا يشير الى ان قوله وان وطئها له ان يردها معناه اذا لم ينقصها الوطئ فاما اذا انقصها فلا يردها وان كانت ثيبا اليه اشير في شرح الطحاوي وعندهما يفسد النكاح وان وطئها لم يردها وان كانت ثيبا لانه ملكها ووطئها بملك اليمين * ولهذه المسئلة نظائر في كونها مرتبة على الاصل المتقدم * منها عتق المشترى على المشتري في مدة الخيار اذا كان قريبا للمشتري لا يعتق عليه عنده خلافا لهما * ومنها ما اذا قال ان ملكت عبدا فهو حر فاشترى بالخيار لا يعتق عليه عنده خلافا لهما * بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد شرائه بالخيار عتق وسقط الخيار كذا هذا * فان قيل لو كان كالمنشئ وجب ان ينوب عن الكفارة اذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويا عن الكفارة * اجيب بانه جعل كالمنشئ تصحيحا لقوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لانه كالمدبر في الاستحقاق وفيه يعمل انشاء العتق لا عن الكفارة كذلك هذا * ومنها ان المشتراة اذا حاضت بعد القبض في مدة الخيار حيضة او بعضها فاختارها لا يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردها على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما ان كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء استحسانا والقياس ان يجب لتجدد الملك * وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا * واجمعوا في البيع البات يفسخ باقالة او غيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا * ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده قال

قال صاحب النهاية لا بد من احد تاويلين اما ان يكون معناه اشترى منكوحته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري * او يكون اشترى الامة التي كانت منكوحته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير ام ولد له في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير ام ولد له لا ظرف الولادة وتقدير كلامه اذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير ام ولد له في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى *

قال وانما احتجنا الى احد التاويلين لانا لو اجرينا على ظاهر اللفظ وقلنا انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار

ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يد البائع في مدة الخيار او بعدها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرد اذ الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما لما ملكه المشتري صحت الوديعة وصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا منه عن التملك وللماذون له ولاية ذلك وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض والماذون ليس من اهله فان قيل اذا كان الخيار للمشتري فالثمن لم يخرج عن ملكه فما وجه ابراء البائع عن الثمن قبل ان يملكه * اجيب بان القياس ينفي صحة هذا الابراء وجوزوه استحسانا لحصوله بعد وجود سبب الملك وهو العقد ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما وعنده يبطل الخيار والبيع ووجه ذلك مذكور في الكتاب واضح * واذا كان الخيار للبائع واسلم يبطل البيع بالاجماع * واذا كان الخيار للمشتري واسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع * لان العقد من جانبه بات فان اختاره المشتري

صار الخمر له وان رد صارت الخمر للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما **قوله**
ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة هذا العموم يتناول البائع والمشتري والاجنبي
لان شرط الخيار يصح منهم جميعا * فاذا كان الخيار للبائع فالاجازة تحصل بثلثة اشياء
بان يقول اجزت وبموته في مدة الخيار لانه لا يورث كما سنذكره فيكون العقد به نافذا
وبان يمضي مدة الخيار من غير فسخ * واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع
في يد المشتري الى حال لايملك فسخه على تلك الحالة كهلاك المعقود عليه وانتقاصه
كما تقدم * واما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما * والثاني هو ما يكون بالفعل
كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا اعتق المبيع او باعه او كانت
جارية فوطئها او قبلها * او يكون الثمن عينا فيتصرف المشتري فيه تصرف الملاك
فيما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد ينفسخ سواء في ذلك حضور الآخر
وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد يثبت حكما وان كان يبطل قصدا * واما الاول
فهو ما يكون بالقول وهو ان يقول البائع او المشتري فسخت فان كان ذلك
بحضرة الآخر اي بعلمه انفسخ العقد بالاتفاق وان كان بغير علمه فلا يجوز عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح لابي يوسف رح ان من له الخيار
مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه وكل من هو كذلك لا يتوقف فعله على علم صاحبه
كالاجازة وهو قياس منه لاحد شطري العقد على الآخر ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضاء
وجعل ذلك كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا
لانه مسلط من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع وهو لا يعري
عن المضرة اما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه
فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد تكون القيمة اكثر من الثمن ولا خفاء في كونه ضررا
واما اذا كان للمشتري فالبائع عسى يعتمد تمامه فلا يطلب لسلعته مشتريا وقد يكون المدة ايام

ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف المشتمل على ضرر في حق الغير يتوقف على علمه لا محالة كما في عزل الوكيل والقياس على الشطر الآخر فاسد لقيام الفارق وهو الالزام * ولا نسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضاء لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضاء وكونه لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها * وعورض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم يتفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى * واجيب بانه ضرر مرضي به منه حيث ترك الاستيثاق باخذ الكفيل مخافة الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضي به فاذا فات المجموع او بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل الزام وهو مسوغ لان ذلك من الاسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالزام كاسقاط الحمل عن الدابة ولا ما قيل الزوج يتفرد بالرجعة وحكمها يلزم المراة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة لا يكون ضررا ولا ما قيل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالزام بل ذلك بالتزامه * او لانه لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو رأى ضررا ما اقدم عليه * او لانه غير زائد على موجب التخيير ولا ما قيل اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار او هو مرضي به بالاقدام على سببه ولا ما قيل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم وفيه الزام عليهما لانه امتناع عن العقد لا الزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة

وان لم تعلم لانه لاضرر في العدة * اولكونه بايجاب الشرع نصا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد والاجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر فلا يلزم الا بعلمه **قوله** ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه يشير الى ان الشرط هو العلم دون الحضور وليس المراد بقوله كني الكناية الاصطلاحية لارباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد **قوله** واذا مات من له الخيار بطل خياره اذا مات من له الخيار سواء كان البائع او المشتري او غيرهما سقط الخيار ولزم البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع * وقال الشافعي رح اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى احد الثوبين على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء * ولنا ان الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لا معارض له من المنقول فيكون معمولا به * لا يقال قال عليه الصلوة والسلام من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق فيكون لورثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلورثته على ما مر والخيار ليس كذلك فان قيل المالكية صفة تنتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك واجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا واجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه وكم من مبيع لاخيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية مالك وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه * والصواب ان يقال الغرض الاصلي من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك اجيب بانه ثبت

ثبت للوارث كما ثبت للمورث ابتداء لانه شرع للتشفي وهما في ذلك سيان الا ان المورث متقدم فاذا مات زال التقدم وثبت للوارث بما ثبت للمورث اعني التشفي والخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه * ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد او في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع **قوله** بخلاف خيار العيب جواب عما قاس عليه * وتقريره لا نسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار * وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء * بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين لا ينتقل بل الخيار يسقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو مجهول فيثبت له خيار التعيين كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار * الا ترى ان المورث كان له ان يفسخ فكان خياره موقتا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت **قوله** ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره تقديره كلامه ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فايهما اجاز جاز يعني من المشتري وذلك الغير على المحذوف واشتراط الخيار للغير لا يجوز في القياس وهو قول زفر لان الخيار اذا شرط في العقد صار حقا من حقوقه وواجبا من واجباته بمقتضى الشرط المسوغ شرعا وما كان من مواجب العقد لا يجوز اشتراطه على غير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري او اشتراط تسليمه على غيره او اشتراط الملك لغيره لكن العلماء الثلاثة استحسنوا جوازه

لان الحاجة قد تدعو الى اشتراط الخيار فيه للاجنبي لكونه اعرف بالمبيع او بالعقد فصار كالاحتياج الى نفس الخيار * وطريق ذلك ان يثبت بطريق النيابة عن العاقد اقتضاء اذ لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف تصحيحا له بقدر الامكان * وفيه بحث من وجهين * احدهما ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضى ادنى منزلة من المقتضي الا ترى ان من قال لعبده له حنث في يمينه كفّر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا اقتضاء لان التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء * والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز اقتضاء تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك * واجيب عن الاول بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه * واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعا لفرعه * وعن الثاني بان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضي لتصحيح المقتضى ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلا للمقتضى وعادعلى موضوعه بالنقض * فان قيل فليكن بطريق الحوالة فان فيها المطالبة بالدين * فالجواب ان المشتري اصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز ان يكون تابعا لفرعه وهو المحتال عليه * واذا ثبت الخيار لكل منهما فايهما اجاز جاز او ايهما نقض انتقض وان اختلف فعلهما في الاجازة والنقض يعتبر السابق لعدم المزاحم وان خرج الكلامان معا اختلفت الرواية * ففي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد فسخا كان او اجازة * وفي رواية ماذون المبسوط يعتبر تصرف الفسخ سواء كان من العاقد او من غيره وجه

وجه القول الاول ان تصرف العاقد اقوى والاقوى يقدم على غيره * وفقه ذلك
ان تصرف النائب انما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المنوب واما عند وجوده
فلا احتياج اليه * واستشكل بما اذا وكل رجلا بطلاق امرأته للسنة فطلقها الوكيل والموكل
معا فان الواقع طلاق احدهما لا بعينه * واجيب بان الترجيح محتاج اليه عندنا في الفعلين
كالفسخ والاجازة واما اذا اتحدا فالمطلوب حاصل بدونه فلا حاجة اليه * ووجه القول
الثاني ان الفسخ اولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع
والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان العقد اذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا يلحقه
الاجازة ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك * ونوقض
بما اذا اقتى من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع
بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان
ذلك فسخا للفسخ وهو اجازة للمفسوخ * واجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ
وما ذكرتم فسخ لا اجازة وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح قيل
والثاني اصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف اشارة
الى ذلك يعني لما كان كل منهما اصلا في التصرف من وجه العاقد من حيث التملك
والاجنبي من حيث شرط الخيار له لم يترجح الامر من حيث المتصرف فرجحنا من حيث حال
التصرف * لا يقال الفسخ او الاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار *
لان جهة تملك العاقد عارضته في ذلك **قوله** واستخرج ذلك يعني ان المنسوب اليهما
ليس بمنقول عنهما وانما استخرج مما اذا باع الوكيل من احد والموكل من غيره معا
فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبر تصرفهما ويجعل العبد مشتركا
بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتريين ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان شاء
نقض البيع * ووجه استخراج ان تصرف الفاسخ اقوى عند ابي يوسف رح من هذه المسئلة

انه لم يرجح تصرف المالك كما رجحه محمد رح فلما لم يرجح تصرف المالك ظهر اثر
ذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل بكون العبد بين المشتريين بالنصف فلما لم يثبت
الرجحان هناك لتصرف المالك لمالكيته والرجحان ثابت ههنا لتصرف الفسخ في نفسه
لما ذكرنا انه وارد على الاجازة لا على العكس رجحنا بحال التصرف وهو تصرف الفسخ
لانه لامعارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غير المالك فقلنا به
كذا في النهاية * وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك لمالكيته
هناك لا يستلزم رجحان النسخ ههنا ولا يدل عليه نعم هو يدل على ترجيح الفسخ
على الاجازة لا على وجه الاستخراج * ولعل الاوضح في وجه ذلك ان يقال الوكيل
من الموكل هناك بمنزلة الاجنبي من العاقد ههنا في كون كل واحد منهما يستفيد الولاية
من غيره فترجيح تصرف العاقد من محمد رح كترجيح تصرف الموكل منه وترك
ترجيح تصرف المالك من ابي يوسف رح واعتبارهما يدل على انه لا ينظر الى احوال
المتصرفين لتساويهما فيه فبقي النظر في حال التصرف نفسه والفسخ اقوى لما ذكرنا **قوله**

ومن باع عبدين بالف هذه المسئلة على اربعة اوجه لان فيها تفصيل الثمن وتعيين من فيه
الخيار فاما ان لا يحصلا او حصلا جميعا او حصل التفصيل دون التعيين او العكس من ذلك فان كان
الاول بان باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما لم يسم فسد البيع لجهالة المبيع
والثمن وجهالة احدهما مفسدة فجهالتهما اولى وذلك لان الذي فيه الخيار كالخارج
عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد احدهما وهو غير
معلوم وما هو كذلك فثمنه مثله * وان كان الثاني وهو ان يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على انه
بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي
فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد
كقبول الحر في عقد القن اذا جمع بينهما في البيع اجاب المصنف بان ذلك غير مفسد

مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخلا في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كما اذا جمع بين قن ومدبر في البيع في ان المدبر محل للبيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حر وقن فان الحر ليس بمحل للبيع اصلا فلم يكن داخلا في العقد ولا في الحكم ولقائل ان يقول في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدا وانه لمظنة فضل تامل منك فاحتط * وان كان الثالث مثل ان يقول بعتهما بالف كل واحد بخمسمائة على اني بالخيار في احدهما فالبيع فاسد ايضا لجهالة المبيع وان كان الرابع فلجهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسدا للعقد في الآخر يفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدبر او ام الولد ولم يفصل الثمن اجيب بان عدم التفصيل مفسد اذا ادى الى البيع بالحصة ابتداء فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالمعدوم فلو انعقد في حق الآخر انعقد في حقه بالحصة ابتداء وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدبر ما يمنع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء صيانة لحق محترم عند فسخ العقد على المدبر وام الولد لا ابتداء بالحصة قوله ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء ومن قال اشتريت احد هذين الثوبين على ان لي ان آخذ ايهما شئت بعشرة دراهم الى ثلثة ايام فالبيع جائز استحسانا وكذا الاثواب الثلاثة واما اذا كانت الاثواب اربعة فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الاثنين والثلثة فساده في الاربعة لان المبيع احد الاثواب غير عين فهو مجهول جهالة مفضية الى النزاع لتفاوتها في نفسها وما كان كذلك فهو مفسد للبيع وهو قول زفر والشافعي رح * وجه الاستحسان ان الذي في معنى ما ورد به الشرع وهو خيار الشرط فجاز الحاقا به وبيان ذلك ان شرع خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق له والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة

لانه ربما يحتاج الى اختيار من يثق به لخبرته او اختيار من يشتريه لاجله كامرأته وبنته والبائع
لا يمكنه من الحمل اليه الا بالبيع فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع ولانه
ان الجهالة تفضي الى المنازعة لانه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع
فكان علة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي الى المنازعة *
فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلثة او اكثر واما الحاجة
فانما تتحقق في الثلثة لوجود الجيد والوسط والردي فيها والزائد يقع مكررا غير محتاج اليه
فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت الا بتمام علته * واعلم ان محمدا رح ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير وفي الماذون وقال هو بالخيار ثلثة ايام وذكر في الجامع الكبير
وسكت عن ذلك * وعلى ذلك اختلف المشائخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط
الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها عند ابيحنيفة رح وزيادة على ذلك في قولهما
وهو اختيار شمس الائمة السرخسي * وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة
وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا شرطا وهو اختيار فخر الاسلام رح * حجة الاولين ان جوازه
بطريق الالحاق بموضع السنة فلا يصح بدونه * وفيه نظر لان عدم انفكاك الملحق عن الملحق
به ليس بشرط في الالحاق * وحجة الآخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقت فلا يتعلق جواز العقد
بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقيت
على الايام الثلثة * واما اذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه عند ابيحنيفة رح وعندهما
مدة معلومة اية مدة كانت وهذا لان الحال لا يخ اما ان يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين او لا فان
لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابيحنيفة رح وبمدة
معلومة اية مدة كانت عندهما كما في الملحق به * فان قيل ينبغي ان لا يجوز خيار التعيين
في الزائد على الثلثة عند ابيوسف رح لانه اخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن
الى اربعة ايام فلا بيع بينهما * اجيب بان قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق فلا يلحق

يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فيه واردا فيه بخلاف خيار التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة حتى اذا هلك الآخر بعد هلاك الاول او تعيب لايلزم عليه من قيمته شيء * وهذا لان المبيع المعيب ممتنع الرد لان رده انمايكون اذا لم يكن معيبا وهو في دعواه ذلك متهم فكان التعيب اختيارا دلالة * فان قيل قبض الآخر لايكون اقل من القبض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهلاك * اجيب بانه اقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه باذن المالك فكان امانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اذا طلق الرجل احدى امرأتيه او اعتق احد عبديه فماتت احدهما فان الباقية تتعين للطلاق دون الهالكة وكذلك في العتاق اجيب بان المرأة اذا اشرفت على الهلاك خرجت عن محلية وقوع الطلاق فتعينت الباقية لذلك والثوب اذا اشرف عليه خرج عن محلية الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلكا جميعا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم اولوية احدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما واما اذا ذكر خيار الشرط فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقت على الايام فله ان يردهما جميعا بخيار الشرط في الايام الثلثة لانه امين في احدهما فيرده بحكم الامانة وفي الآخر مشتر قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده * واذا مضت الايام بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما وبقي له خيار التعيين فيرد احدهما * وان اختار احدهما لزمه ثمنه لانه عين البيع فيه ولزمه وكان في الآخر امينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الايام الثلثة بطل خيار الشرط وبقي للوارث خيار التعيين فله ان يرد احدهما اما بطلان خيار الشرط فلما تقدم من انه لايورث واما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك غيره

فان قيل هل لعموم قوله من له الخيار فائدة قلت كانه اشارة الى ان خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره انه يجوز استحسانا * قالوا واليه اشار محمد رح في المأذون لان هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط * وذكر في المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لانه لا حاجة له الى اختيار الارفق اذ المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى مقتضى القياس ولم يذكره محمد رح لا في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير * وتبين مما ذكرنا ان المبيع احد الثوبين والآخر امانة والتركيب الدال على ذلك حقيقة ومن اشترى احد الثوبين * وقد اختلف نسخ الجامع الصغير كما ذكره المصنف ففي بعضها اشترى احد الثوبين ولا يحتاج الى معذرة وفي بعضها ثوبين وهو مجاز واثبتها فخر الاسلام وقال في وجه المجاز ان كل واحد منهما لما احتمل ان يكون مبيعا قال اشتري ثوبين * وقال غيره هو من قبيل اطلاق الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان اضاف الخروج اليهما وانما كان من احدهما

قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار رجل اشترى دارا بخيار الشرط فبيعت دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضى يسقط به الخيار لان اخذه بطلب الشفعة وطلب الشفعة دليل على اختياره الملك لان طلب الشفعة لا يثبت الا لدفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدامة الملك واستدامة الملك يقتضي الملك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت الملك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة واما عندهما فان المبيع يدخل في ملكه فيجوز له ان ياخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر

ضرر الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريد ردها * قال شمس الائمة اما وجوب الشفعة للمشتري فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار المبيعة واما عند ابيحنيفة رح فلانه صار احق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة دارهما * بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري لم يصر احق بالتصرف فيها * ولو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها اخرى فاخذ بالشفعة لم يسقط خيار الرؤية لانه لا يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذا بدلالته وسيأتي **قوله** واذا اشترى الرجلان اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فيه ثلثة ايام فرضي احدهما دون الآخر فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وكذا لو اشترياه ورضي احدهما بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه * لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات الخيار لكل واحد منهما وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وفيه نظر لانا نالانم ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما الا يرى ان من وكل وكيلين يثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما ان يتصرف دون الآخر * وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فان البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده اذا رد البعض لا يتمكن الا مهاياة والخيار يثبت نظرا لمن هو له على وجه لا يلحق منه الضرر بغيره * وانما قيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضررا للراد ايضا لكن لما لم يكن من الغير بل بعجزه عن ايجاد شرط الرد كان دون الاول فان الضرر الحاصل من الغير اقطع وافجع من الحاصل من نفسه فان قيل بيعه منهما رضي منه بعيب التبعيض اجيب بانه ان سلم فهو رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه فان قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصفه والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له ان يرده

بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد فاذا امتنع ظهر عمله **قوله** وليس من ضرورة اثبات الخيار جواب لهما وتقريره ان اثبات الخيار لهما ليس عين الرضاء برد احدهما وهو ظاهر ولا الرضاء برد احدهما لازم من لوازم اثبات الخيار لهما لتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما **قوله** ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب رجل اشترى عبدا على انه خبازا وكاتب وكان بخلافه بان لم يعلم من الخبز والكتابة ما يسمى به الفاعل خبازا او كاتبا فهو بالخيار بين اخذه بجميع الثمن وبين رده اذا لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب فان امتنع بذلك رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا او خبازا على ادنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب او خباز فينظر الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك * اما رده فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظ وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه لا يوجب الخيار وكلما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة المثمن او الثمن كان ملائما للعقد الا ترى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على انها حامل او على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد والوصف مرغوب فيه اجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وبضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولا * ولهذا لو شرط انها حلوب اولبون لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل * بخلاف ما نحن فيه فان له ان يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله واما انتفاخ البطن فقد يكون من ريح وعلى تقدير كونه ولدا لا يعلم حيوته وموته ولا سبيل الى معرفته * واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير لان

لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف فيتخير ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف
اي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع
لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على انها
نعجة فاذا هي حمل * فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب
التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية
فيفسد به العقد * وان كان مما لا يوجبه كان راجعا الى النوع كما ذكرنا من المثال فلا يفسده
لكنه يوجب التخيير كفوات وصف السلامة واما اخذه بجميع الثمن فلان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما عرف فيما تقدم

باب خيار الرؤية

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه اقوى منه اذ كان تاثيره في منع تمام البيع
وتاثير خيار العيب في منع لزوم الحكم قال القدوري من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز
معناه ان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا ووصفته كذا * او الدرة التي
في كفي هذه ووصفتها كذا اولم يذكر الصفة * او يقول بعت منك هذه الجارية المنتقبة فانه
جائز عندنا وله الخيار اذا رآه وعند الشافعي رح لا يجوز وكذلك العين الغائب المشار
الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين
معلومة * قال صاحب الاسرار وهو جائز لان كلامنا في عين هو بحال لو كانت الرؤية
حاصلة لكان البيع جائزا بالاجماع وقال الشافعي رح المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه
كالبيع بالرقم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه
وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم بن حزام
وهو انه قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرئي للمشتري لاجماعنا
على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد قلنا بل المراد النهي

عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رض قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك * وقد اجمعنا على انه لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد به ما ليس في ملكه * والمعقول وهو ان الجهالة لعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار فانه اذا لم يوافقه يرده ولا نزاع ثمه مقتضي خياره وانما افضت اليها لو قلنا بالزام العقد ولم نقل به فصار ذلك كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمه جهالة لكونها لا تفضي الى النزاع * وعورض بان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف وفي الاول هو المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد * واجيب بان المعارضة ساقطة لان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضاء الجهالة الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك **قوله** وكذا اذا قال تفريع على مسئلة القدوري يعني كما ان له الخيار اذا لم يقل رضيت فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه والمعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط * ولانه لو لزم العقد بالرضى قبل الرؤية لزم امتناع الخيار عندها وهو ثابت بالنص عندها فما ادى الى ابطاله كان باطلا وقوله وحق الفسخ جواب سوال تقريره لو لم يكن له الخيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لانه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول وكان معلقا بها فلا يوجد قبلها * وتقرير الجواب ان حق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لانه لم يقع مبرما فجاز فسخه لوهاء فيه الا ترى ان كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا بخلاف الرضاء فانه

فانه ثابت بمقتضى الحديث فلا يجوز اثباته على وجه يؤدي الى بطلانه كما مر آنفا
وفيه نظر لان عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار فهو ملزوم للخيار والخيار معلق بالرؤية
لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لان ما هو شرط للازم فهو شرط للملزوم وقوله ولان الرضاء بالشيء
جواب آخر وتحقيقه ان الامضاء بالرضاء والرضا بالشيء لا يتحقق قبل العلم باوصافه لان الرضاء
استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور * واما الفسخ فانما هو لعدم الرضاء
وهو لا يحتاج الى معرفة المحسنات * لا يقال عدم الرضا لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم
ما يقبحه غير متصور * لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بداله من انتفاء احتياجه
الى المبيع اوضياع ثمنه او استغلائه فلا يستلزم الاستقباح * ذكر في التحفة ان جواز الفسخ
قبل الرؤية لا رواية فيه * ولكن المشائخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجارة *
وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو مختار المصنف رح **قوله** ومن باع ما لم يره من ورث شيئا
فباعه قبل الرؤية صح البيع ولا خيار له عندنا وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار
اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بجانب المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيفا فهو بالخيار
ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا * لكن العقد لا ينفسخ برد الثمن
وينفسخ برد المبيع لانه اصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم
وهذا اي الخيار للبائع انما هو باعتبار ان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا اي من جهة البيع
وثبوتا من جهة الشراء وتمام الرضاء لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية
فان بالرؤية يحصل الاطلاع على دقايق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البائع راضيا بالزوال
فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ * وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء
فلا يثبت دونه كما تقدم * فان قيل البائع مثل المشتري فى الاحتياج لتمام الرضاء فيلحق
به دلالة * اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب المشتري باعتبار انه كان يظنه
خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع لورده لرد باعتبار ان المبيع

ازيد مما ظن فصار كما لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار
واذا لم يكن في معناه لا يلحق به * قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر
وههنا وجد القياس على المشتري والخيارين فليجز من البائع * واجيب بانه ثابت
بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس * سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع
باطل * وتحكيم جبير بن مطعم عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة رض ولم ينكره احد
فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الالحاق دلالة وقياسا ولهذا رجع ابو حنيفة رح
حين بلغه الحديث **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت قيل خيار الرؤية موقت بوقت امكان الفسخ
بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار معلق بالاطلاع على حال المبيع
فاشبه الرد بالعيب * والاصح عندنا انه باق ما لم يوجد ما يبطله لانه يثبت حكما لانعدام الرضاء
فيبقى الى ان يوجد ما يبطل عدم الرضاء ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل
خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه * والضابطة في ذلك ان المشتري بالخيار
اذا فعل في المبيع ما يمتحن به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار
والا لبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع
بفعل ما يمتحن به اول مرة فات فائدة الخيار * ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يمتحن به
او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية
كان دليل الاختيار * فعلى هذا اذا اشترى جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة
لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل في غير الملك في الجملة فلو استخدمها مرة ثانية
في ذلك النوع من الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها لحصول الامتحان
بالاولى ولو وطئها بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطئ قد لا يعلم
بالنظر لكن لا يحل الوطئ في غير الملك فكان اختيارا له قيل يشكل على هذا الكلي مسئلتان *
احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في

في ظاهر الرواية ويبطل خيار الشرط * والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضي خان * أجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضاء بالطريق الاولى لانه دونه * ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضاء فلذلك لا يعملان في ابطال خيار الرؤية وفيه نظر لانه ليس بدافع * والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلي مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا او تصرفا يعني في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا منهما فلا يكونان واردين * ثم التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها * فاما الاول فهو الذي لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك وملك المتصرف في العين قائم فصادف المحل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك تعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افتك الرهن او مضت مدة الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين * احدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذي رويناه * والثاني ان هذه التصرفات اما ان تكون صريح الرضاء او دلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف ابطلته واجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصدورها عن اهلها مضافة الى محلها انعقدت صحيحة وبعد صحتها لا يمكن رفعها فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضاء لا تربو على صريحه اذا لم تكن من ضرورات صريح آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال * واما الثاني فهو الذي لا يوجب حقا للغير كالبيع

بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو
على صريح الرضاء اي لا يزيد عليه وصريح الرضاء لا يبطله قبل الرؤية فدلالته اولى
يعني اذا لم تكن من ضرورات الغير ويبطله بعد الرؤية لوجود الدلالة مع عدم المانع
قوله ومن نظر الى وجه الصبرة اعلم ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء
متعددة والثاني اما ان يكون متفاوت الآحاد او لا فذلك اقسام ثلثة فانكان الاول
فليس رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد تكون متعذرة كما
اذا كان عبدا وجارية فان في رؤية جميع بدنهما رؤية عورتهما وذلك في العبد لا يجوز
اصلا فسخ العقد او لم يفسخ وفي الامة لو فسخ العقد بخيار الرؤية بعد رؤية عورتها كان
النظر في عورتها واقعا في غير الملك لان الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كانه لم يكن
فكان النظر وقع حراما وكذا اذا كان المبيع ثوبا مطويا فان البائع يتضرر بانكسار ثوبه
بالنشر والطي فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد *
وانكان الثاني كالثياب والدواب والبيض والجوز فيما ذكره الكرخي فلا بد من رؤية
كل واحد لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت بين احاده * وانكان الثالث كالمكيل
والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض على ما مال اليه المصنف يكتفي برؤية
واحد منها لان رؤية البعض تعرف الباقي لعدم التفاوت وعلامة عدم التفاوت
ان يعرض بالنموذج الا ان يكون الباقي اردأ منها فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة
بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج والنظر الى ظاهر الثوب
مطويا مما يعرف البقية الا ان يكون في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم واذا نظر الى وجه
الآدمي بطل الخيار لانه هو المقصود في العبد والامة وسائر الاعضاء تبع له * الا يرى
الى انه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الاعضاء * واذا نظر الى الوجه
والكفل في الدابة بطل الخيار لانهما مقصودان في الدواب هذا هو المروي عن

عن ابييوسف رح وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فان كان المكيل والموزون والعددي المتقارب في وعائين فرآها في احدهما فان كان ما في الآخر مثل ما رآى اوفوقه بطل الخيار وان كان دونه فهو على الخيار لكن اذا رد رد الكل لئلا يتفرق الصفقة * واذا اشترى شاة فاما ان يكون للحم او للقنية اى الدر والنسل ففي الاول لابد من الجس لان المقصود انما يعرف به وفي الثاني من رؤية الضرع وفي المطعومات لابد من الذوق لانه هو المعرف للمقصود **قوله** ومن راى صحن الدار فلا خيار له رؤية صحن الدار وخارجها ورؤية اشجار البستان من خارج يسقط خيار الرؤية لان كل جزء من اجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والاسطوانات وح سقط شرط رؤية الكل فاقمنا رؤية ما هو المقصود من الدار مقام رؤية الكل فاذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية الكل كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند * وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى رح لابد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب اي القدوري على وفاق عادتهم بالكوفة او بغداد في الابنية فانها تختلف بالضيق والسعة وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج فاما اليوم يريد به ديارهم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت في مالية الدور بقلة مرافقها وكثرتها والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالباطن وهذه نكتة زفر **قوله** ونظر الوكيل كنظر المشتري قيل صورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني في قبض المبيع او وكلتك بذلك * وصورة الارسال ان يقول كن رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه * وقيل لا فرق بين الوكيل والرسول فيما اذا قال امرتك بقبضه * اذا نظر الوكيل بالقبض الى المبيع وقبضه سقط خيار المشتري فلا يرده الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلم * وقال الفقيه ابو جعفر

اذا كان عيبا يعلمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب * واذا نظر الرسول بالقبض اليه وقبضه لا يسقط خيار المشتري فله ان يرده عند ابيحنيفة رح وقالا نظر الرسول لا يسقط بالاتفاق ونظر الوكيل كنظره فهما سواء في عدم سقوط خيار المشتري وله ان يرده * ولما كان رواية الجامع الصغير مطلقة في الوكيل والوكيل بالشراء ليس حكمه كذلك فسر المصنف بقوله معناه الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته يسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد ترجع اليه لهما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار وما لم يتوكل به لا يملك التصرف فيه وكالة فلا يملك اسقاط الخيار لانه تصرف فيما لم يتوكل به فصار كمن اشترى شيئا ثم وكل وكيلا بقبضه فقبض الوكيل معيبا رائيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل * وكمن اشترى بخيار الشرط فوكل بقبضه فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل * وكما اذا وكل بقبض المبيع فقبضه مستورا ثم رآه الوكيل فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار الموكل * ودليل ابي حنيفة رح مبني على مقدمة هي ان القبض على نوعين تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه وهو مستور **قوله** وهذا اشارة الى تنوعه بالنوعين وبيانه ان تمام القبض بتمام الصفقة ولا يتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية لان تمامها بتناهيها في اللزوم بحيث لا يرتد الا برضاء او قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك * واذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكيله كذلك عند اطلاق التوكيل عملا باطلاقه * فان قيل لا نسلم ذلك فان الوكيل اذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة * اجاب المصنف رح بان الوكيل اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الى رد قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار * وتقريره انه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا او ضمنا والاول مسلم لكن اسقاط الخيار في القبض التام يثبت للوكيل في

في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا * والثاني ممنوع فان من توكل بشيء توكل بما يتمه لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب و قوله بخلاف خيار العيب جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فانه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد به الا برضاء او قضاء وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملك رد المعيب خاصة بعد القبض ولم يجعل تفريقا للصفقة لان تفريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما لم يمتنع ههنا دل انها كانت تامة * ومن موضحات ذلك ان خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الفائت وذلك للموكل ولم يصدر التوكيل بالقبض لاسقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه الوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقيسا عليه لانه على هذا الخلاف ذكر القدوري ان من اشترى شيئا على انه بالخيار فوكل وكيلا بقبضه بعد مارآه فهو على هذا الخلاف * ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل يملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص كما انه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالوكيل فان اتمام ما ارسل به ليس اليه وانما اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض والتسليم **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جائز بيع الاعمى مطلقا وشراؤه جائز عندنا وله الخيار وقال الشافعي رح ان كان بصيرا فعمي فكذلك الجواب * وان كان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا لانه لا علم له بالالوان والصفات وهو محجوج بمعاملة الناس العميان من غير نكير * وبان من اصله ان من لا يملك الشراء بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاعمى الى ما ياكل ولا يتمكن من شراء الماكول ولا التوكيل به مات جوعا وفيه من القبح ما لا يخفى **قوله** لانه اشترى ما لم يره ومن اشترى شيئا لم يره فله الخيار بالحديث وقد قررناه من قبل * وفيه نظر لان قوله صلى الله عليه وسلم لم يره سلب وهو يقتضي تصورا الايجاب

وهو انما يكون في البصير * والاولى ان يستدل على ذلك بما ذكرنا من معاملة الناس
العميان من غير نكير فان ذلك اصل في الشرع بمنزلة الاجماع * ويسقط خياره بمباشرة
ما هو سبب العلم بالمقصود فان كان المبيع مما يعلم بجسه فخياره يسقط بجسه * وان كان
مما يعلم بالشم فبشمه وبذوقه في المذوقات * واما اذا كان شجرا او ثمرا على شجر او عقارا
فان خياره لا يسقط حتى يوصف له لان الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم وقال
بعض ائمة بلخ يمس الحائط والاشجار فاذا باشر سبب العلم او وصف له او وصف ومس
وقال رضيت سقط الخيار * وروي عن ابي يوسف رح انه اذا وقف في مكان لو كان الواقف
بصير الرآه وقد قال رضيت سقط خياره لان التشبيه قائم مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك
الشفتين واجراء الموسى في حق الاخرس والاصلع واطلاق الرواية يدل على انه
يقول بذلك من غير اشتراط الوصف * قال محمد رح في الجامع الصغير قال ابو يوسف رح
في الاعمى اشترى الشيء لم يره فيقول قد رضيت قال له ان يرده * وان كان في مكان
لو كان بصيرا لرآه ثم قال قد رضيت لم يكن له ان يرده * وقال الفقيه قال بعضهم يوقف
في مكان لو كان بصيرا لرآه ومع ذلك يوصف له وهذا احسن الاقاويل قال وبه نأخذ
وقال الحسن يوكل وكيلا يقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل
بالقبض كرؤية الموكل كما تقدم ولو وصف له فقال رضيت ثم ابصر فلا خيار له لان العقد
قد تم وسقط الخيار فلا يعود * ولو اشترى بصير ثم عمي انتقل الخيار الى الصفة لان الناقل
للخيار من النظر الى الصفة العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد
وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية * قوله ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما قد تقدم
ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة الآحاد في البيع رؤية بعضها لا تعرف الباقي بل لا بد
من رؤية كل واحد منها وعلى هذا لو رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله الخيار
لكن لا يرد الذي رآه وحده بل يردهما ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وقد تقدم لما

لنا معنى تمام الصفقة وانها لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولكونها غير تامة يتمكن المشتري من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون الرد فسخا من الاصل لعدم العلم بصفات المعقود عليه فان تفريق الصفقة منهي عنه لما جاء في الحديث نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تفريق الصفقة قيل تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي ردهما جميعا ان شاء وقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره الحديث يدل على ان له ان يرد الذي لم يره وحده فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز واجيب بان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح * وبانه محرّم والمحرم راجح على المبيح * اولانه متاخر عن المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ * وبان الرد كما كان غير ممكن لان رد احد الثوبين لا يكون ردا لانه اشترى ثوبين لا احدهما والرد انما يصح ان لو كان ذلك المردود على الحالة الاولى * قيل النهي عن تفريقها مطلق وقد قيّد تم بما قبل التمام فيكون متروك الظ ومثله مرجوح * والجواب ان النهي انما هو عن التفريق والتقييد بما قبل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين الناس بضم الردي الى الجيد ترويجا له بالجيد واذا علم ان المانع من رد احدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فان من اشترى ثوبين فاستحق احدهما لا يرد الباقي وفيما نحن فيه اذا رد احدهما لا بد من رد الآخر ايضا لان فيما نحن فيه رد احدهما يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تتفرق على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له رد الباقي كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض به لكن

في صورة الاستحقاق له ولاية رد الباقي لدفع ضرر يلزم المشتري فان شاء رضي وان شاء رد وفي خيار الرؤية عليه رد الآخر لدفع ضرر يلزم البائع **قوله** ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل وكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته **قوله** ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة اذا رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه عليها سقط الخيار لان العلم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبفوات العلم بالاوصاف يثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منافاة وثبت احدا المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فينتفي الآخر وهو ثبوت الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ملفوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشترى ذلك المرئي فان له الخيار ح لعدم الرضاء به وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى يتوهم ان علة انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا لما كان المبيع مرئيا من قبل ولم يتغير عنها كان العلم بها حاصلا فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرط الرضاء به وحيث لم يعلم انه مرئيه لم يرض به فكان له الخيار وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب او تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة ظاهر والاصل لزوم العقد والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة مدعي العارض **قوله** الا اذا بعدت المدة على ما قالوا اي المتاخرون استثناء من قوله فالقول قول البائع فانه ح يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن شهد له الظاهر فالقول قوله واليه مال شمس الائمة السرخسي وقال ارأيت لو كانت

كانت جارية شابة رآها فاشتراها بعد ذلك بعشرين سنة وزعم البائع انها لم تتغير اكان يصدّق على ذلك وقوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية متصل بقوله فالقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفات وانه حادث والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين **قوله** ومن اشترى عدل زطي العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزط جبل من الهند ينسب اليه الثياب الزطية ومن اشترى عدل زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المص لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها اي من الثياب الزطية الا من عيب ذكّر الضمير في قوله ولم يره وغيره نظرا الى العدل وانّث في قوله منها نظرا الى الثياب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدلا بل ثيابا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه او وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر واما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض وفيه وضع المسئلة لانه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه فلو عاد الثوب الذي باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رده المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع في الهبة فهو اي المشتري الاول او الواهب على خياره فجاز ان يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف رح ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه لان الساقط لا يعود كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رح

باب خيار العيب

اخّر خيار العيب لانه يمنع اللزوم بعد التمام واضافة الخيار الى العيب من قبيل اضافة الشيء الى سببه اذا اطلع المشتري على عيب فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء

رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة اي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عدّ بن خالد بن هودة عبدا وكتب في عهدته
هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من عد بن خالد بن هودة عبد الاداء
ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة رح
المرض في الجوف والكبد والرية فان المرض مايكون في سائر البدن والداء مايكون
في الجوف والكبد والرية * وفيما روي عن ابي يوسف رح انه قال الداء المرض *
والغائلة ما تكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة * والخبثة هي الاستحقاق *
وقيل هي الجنون * وفي هذا تنصيص على ان البيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب
ووصف السلامة يفوت بوجود العيب فعند فواته يتخير لان الرضاء داخل في حقيقة البيع
وعند فواته ينتفي الرضاء فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به فان قيل تقدير كلامه على الوجه
المذكور يستلزم انتفاء البيع لان مطلق العقد اذا اقتضى وصف السلامة كان مستلزما له
واذا فات اللازم انتفى الملزوم فالجواب ان المطلق ينصرف الى الكامل وهو العقد اللازم
ومن انتفائه لا يلزم انتفاء العقد وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الفائت وصف اذ العيب
اما ان يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمي والعور
والشلل والزمانة والسن السوداء والاصبع الناقصة والسن الساقطة واما ان يكون
بما يوجب النقصان معنى لاصورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه والزنى
والدفر والبخر في الجارية وفي ذلك كله فوات وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لان الثمن اما ان يقابل بالوصف والاصل او بالاول دون الثاني او بالعكس لا سبيل
الى الاول والثاني لئلا يؤدي الى مزاحمة التبع الاصل فتعين الثالث **قوله** في مجرد العقد
احتراز عما اذا كانت الاوصاف مقصودة بالتناول كما تقدم وقوله ولانه لم يرض بزواله
دليل آخر على عدم جواز امساكه بأخذ النقصان اوقيمته او ارشه وتقريره ان البائع لم يرض

بزوال المبيع عن ملكه باقل من المسمى وفي امساكه واخذ النقصان زواله بالاقل فلم يكن مرضيه وعدم رضاء البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع فيكون الزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر ما لا يخفى والمشتري وان كان يتضرر بالعيب ايضا لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة في اخذ النقصان قيل البائع اذا باع معيبا فاذا هو سليم فالبائع يتضرر لما ان الظ انه نقص الثمن على ظن انه معيب ولا خيار له وعلى هذا فالواجب اما شمول الخيار لهما او عدمه لهما واجيب بان المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمان فانزل عالما بصفة ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلافه * واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو الزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار * ثم المراد من العيب الموجب للخيار عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك اي رؤية العيب عند احدى الحالين رضى بالعيب دلالة **قوله** وكل ما اوجب نقصان الثمن العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة * وذكر المص رح ضابطة كلية تعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب الصغير الذي يعقل اذا ابق من مولاه مادون السفر من المصر الى القرية او بالعكس فذلك عيب لانه يفوت المنافع على المولى والسفر ومادونه فيه سواء فلو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها فليس باباق وان ابقت منه ولم ترجع الى مولاها عالمة بمنزله وتقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان فات احدهما فليس بعيب * واذا بال في الفراش وهو مميز يأكل ويشرب وحده فكذلك * واذا سرق درهما من مولاه او من غيره فكذلك لاخلالها بالمقصود لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام وتقطع يده

في سرقة مال غيره فيكون عيبا بلا تفرقة بين المولى وغيره الا في المأكولات للاكل فان سرقتها من مولاه ليست بعيب * فاذا وجدت هذه الاشياء من الصغير عند البائع والمشتري في حال صغره فهو عيب يرد به * واذا وجدت عندهما في كبره فكذلك * واما اذا اختلف فكان عند البائع في صغره وعند المشتري في كبره فلا يرده به لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر على ما قال في الكتاب **قوله** والجنون في الصغير عيب ابدا معناه ان الجنون فارق العيوب المذكورة في عدم اشتراط اتحاد الحالتين لان السبب في الحالين واحد وهو فساد الباطن فاذا جن في يد البائع في صغره يوما او ساعة ثم عاوده عند المشتري في كبره يرده * وليس معناه ان المعاودة في يد المشتري ليست بشرط كما مال اليه شمس الائمة الحلوائي وشيخ الاسلام وهو رواية المنتقى بناءً على ان آثاره ترتفع وذلك يتبين في حماليق عينيه لان الله تعالى قادر على ازالته بحيث لا يبقى من اثره شيء والاصل في العقد اللزوم فلا يثبت ولاية الرد الا بالمعاودة وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير **قوله** الذفر والبخر عيب في الجارية الذفر رائحة مؤذية تجيء من الابط والذفر بالذال المعجمة حدة الرائحة طيبة كانت او كريهة ومنه مسك اذفر وابط ذفراء وهو مراد الفقهاء من قولهم الذفر عيب في الجارية. وهكذا في الرواية والبخر نتن رائحة الفم كل منهما عيب في الجارية للاخلال بما عسى يكون مقصودا وهو الاستفراش وليس بعيب في الغلام لانه لا يخل بالخدمة المقصودة منه الا ان يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله لانه ح يكون من داء والداء نفسه يكون عيبا والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لان الاول يخل بالاستفراش والثاني بطلب الولد فان الولد يعير بامه اذا كانت ولد الزنا وليسا بمخلين في المقصود من الغلام وهو الاستخدام الا ان يتكرر ذلك منه على ما قال المشائخ رح فانه يصير عادة فيحتاج الى اتباعهن وهو يخل بالخدمة **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الجارية والغلام

والغلام لان طبع المسلم يتنفر عن صحبته والنفرة عن الصحبة تودي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن فيكون عيبا ولانه يمنع صرفه عن كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي اليمين والظهار عند بعض فتختل الرغبة * فان اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا فلا شبهة في الرد وان اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده عندنا لانه زوال العيب وزوال الشيء لا يكون اياه كما اذا اشترى معيبا فاذا هو سليم * فعلى هذا ذكر الكفر فيما اشتراه على انه كافر للبراءة عن عيب الكفر لا للشرط بان يوجد فيه هذا الوصف القبيح لا محالة * وقال الشافعي رح يرده به لانه فات شرط مرغوب لان الاولى بالمسلم ان يستعبد الكافر وكان السلف يستعبدون العلوج * والجواب ان هذا امر راجع الى الديانة ولا عبرة به في المعاملات فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض بان ارتفع عنها في اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رح وادعى المشتري بعد ثلثة اشهر من وقت الشراء فيما روي عن ابي يوسف رح او اربعة اشهر وعشر فيما روي عن محمد رح او سنتين فيما روي عن ابي حنيفة وزفر رح انها لم تحض لحبل بها او لداء كان ذلك عيبا ترد به * والمرجع في الحبل قول النساء ويكتفى بقول امرأة واحدة في حق سماع الخصومة * وفي الداء قول الاطباء ويقبل فيه قول العدلين * وقال ابو المعين يكفي قول عدل واحد منهم * وقيدنا بان يكون الدعوى بعد المدة المذكورة لانه اذا ادعى في مدة قصيرة لا يلزم القاضي الاصغاء الى ذلك وبان يكون دعواه مشتملة على انضمام الحبل الى انقطاع الحيض او على انضمام الداء اليه لان الارتفاع بدون هذين الامرين لا يعد عيبا وكذا اذا بلغت المدة المذكورة وحاضت ولم ينقطع كان ذلك عيبا لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء لان العادة في التي خلقت على السلامة الحيض في آوانه والمعاودة على وجه لا يدوم فاذا جاوزت اقصى العدد وهو سبعة عشر سنة ولم تحض او حاضت ولم ينقطع كان ذلك لداء في باطنها والداء عيب ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة فان

انكر البائع ذلك لا ترد عليه الا بالحجة ولا يقبل فيه قول الامة وحدها فيستحلف البائع فان نكل ترد عليه بنكوله سواء كان بعد القبض او قبله في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة في توجه الخصومة فقط * وعن ابي يوسف رح انها ترد قبل القبض بقول الامة وبشهادة النساء لان العقد قبل القبض لم يتأكد فجاز ان يفسخ بشهادتهن **قوله** واذا احدث عند المشتري عيب اذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية اوغيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بنقصان العيب بان يقوّم المبيع سليما عن العيب القديم ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او ثمن او سدس او غير ذلك يرجع به عليه ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لان خروج المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده اليه معيبا به اضرار والاضرار ممتنع ولابد من دفع الضرر عنه اي عن البائع ويجوز ان يعود الى المشتري لانه ايضا يتضرر بالعيب لان مطلق العقد يقتضي السلامة والرجوع طريق صالح للدفع فتعين مدفعا الا ان يرضى البائع ان يأخذه بعيبه الحادث لانه رضي بالضرر والرضاء اسقاط لحقه كما ان للمشتري ان يأخذه بعيبه القديم * فان قيل اين قولكم الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اجيب بانها اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما كان لها حصة من الثمن وههنا كذلك كما مر **قوله** ومن اشترى ثوبا فقطعه من اشترى ثوبا فقطعه فوجده معيبا رجع بالعيب لامتناع الرد بالقطع الذي هو عيب حادث لا يقال البائع يتضرر برده معيبا والمشتري بعدم رده فكان الواجب ان يرجح جانب المشتري في دفع الضرر لان البائع غرّه بتدليس العيب * لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب اذا اصبغ المغصوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر لهما وفي الزام الرد بالعيب الحادث اضرار للبائع لا لفعل باشره وفي عدم الرد وان كان اضرارا للمشتري لكن لعجزه بما باشره فكانا سواء فاعتبر ما هو انظر لهما الا اذا قال البائع انا اقبله كذلك فان له ذلك لان الامتناع عن الرد كان لحقه وقد رضي به

بعد كان اسقاط لحقه * فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاؤه فاسدة فانه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند ابيحنيفة رح * واجيب بان النحر افساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا تقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام المبيع فان باعه المشتري يعني بعد القطع ثم علم بالعيب لم يرجع بشيء لانه جاز ان يقول البائع اقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعا برضاء البائع فاذا المشتري يصير بالبيع حابسا للمبيع ولا رجوع بالنقصان اذ ذاك لا مكان رد المبيع واخذ الثمن لولا البيع ولو قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب لان الرد قد امتنع بسبب الزيادة لان الفسخ اما ان يرد على الاصل بدون الزيادة او عليه معها ولا سبيل الى شيء من ذلك * اما الاول فلانها لا تنفك عنه * واما الثاني فلان الزيادة ليست بمبيعة والفسخ لا يرد الا على محل العقد والامتناع بسبب الزيادة لحق الشرع لكونه ربوا فليس للبائع ان يقول انا آخذه فتعين الرجوع بالعيب مدفعا للضرر ولا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب لان فسخ العقد في الزيادة ممكن تبعا للاصل لان الزيادة ههنا تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد بخلاف الصبغ والخياطة * واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او غير متولدة فالمتصلة المتولدة كالجمال والسمن لا يمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة كالصبغ والخياطة يمنع عنه بالاتفاق والمنفصلة المتولدة كالولد والثمر يمنع منه لما مر من التعليل وغير المتولدة كالكسب لا يمنع لكن طريق ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق بينهما ان الكسب ليس بمبيع بحال ما لانه تولد من المنافع والمنافع غير الاعيان ولهذا كان منافع الحر مالا وان لم يكن الحر مالا والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع

فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من الربوا فان باع المشتري الثوب المخيط او الثوب المصبوغ بالحمرة او السويق الملتوت بالسمن بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد كان ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا للمبيع ولو كان البيع قبل الخياطة كان حابسا * والاصل في ذلك ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضى البائع فاذا اخرجه عن ملكه لا يرجع بنقصان العيب * وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاذا اخرجه عن ملكه رجع بنقصان العيب وعن هذا اي عما قلنا ان المشتري متى كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ومتى لم يكن حابسا يرجع قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان التمليك حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهباله وقابضا لاجله فتم الهبة بنفس الايجاب وقامت يده مقام يد الصغير فالقطع عيب حادث وللمشتري الرجوع بالنقصان وللبائع ان يقول انا اقبله كذلك لكن باعتبار ان القطع للولد الصغير وهو تمليك له صار حابسا للمبيع فيمتنع الرجوع بالعيب * وهذه نظير ما اذا باع بعد القطع قبل الخياطة وعلى هذا ذكر الخياطة في هذه المسئلة ليس بمحتاج اليه الا انه ذكرها بمقابلة الصورة الثانية ولو كان الولد كبيرا رجع بنقصان العيب لان القطع عيب حادث فللمشتري الرجوع بالعيب وبالخياطة امتنع الرجوع حقا للشرع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون حابسا للمبيع لامتناع الرد قبله * وهذه نظير ما اذا باعه بعد الخياطة والصبغ واللت **قوله** ومن اشترى عبدا فاعتقه اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به اي يتم وكل ما انتهى فقد لزم لامتناع الرد وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت فيرجع بالنقصان دفعا للضرر * فان قيل قوله والامتناع حكمي لا بفعله يدل على ان الامتناع اذا كان بفعله لا يرجع بالنقصان وهو منقوض بما اذا صبغ الثوب احمر

مصرفا نه امتنع الرد بفعله ويوجب الرجوع بالعيب اجيب بان امتناع الرد هناک بسبب
وجود الزيادة فی المبيع لا بسبب ذلک الفعل فكان الامتناع لحق الشرع وهو شبهة الربوا
ورد بانه ح يجب ان يقول والامتناع حكمي لا بفعله الذي لا يوجب الزيادة والحق
ان يقال فی الجواب عدم الرد فی الصبغ بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله
واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله وذلک يمنع الرجوع لانه لما اكتسب
سبب تعذر الرد صار حابسا حكما فكانه في يده بحبسه ويريد الرجوع فصار كالقتل وفی الاستحسان
يرجع لان العتق انهاء الملک لان الآدمي ما خلق فی الاصل محلا للملک وانما يثبت
الملک فيه موقتا الى وقت الاعتاق والموقت الى وقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق
انهاء كالموت **قوله** وهذا اي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء لان الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملک باق والرد متعذر فصار حابسا الا ترى ان الولاء
يثبت بالعتق والولاء اثر من آثار الملک فبقاؤه كبقاء اصل الملک * والتدبير
والاستيلاد بمنزلة الاعتاق لان النقل الى ملک البائع تعذر بالرد بالامر الحكمي
مع بقاء المحل والملک فان قيل كيف يكونان كالاعتاق وهو منه دونهما فالجواب
ان الانهاء يحتاج اليه لتقرير الملک بجعل ما لم يكن كائنا وههنا الملک متقرر فلا حاجة اليه *
وان اعتقه على مال او كاتبه لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس
المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لان الاعتاق انهاء الملک وان كان بعوض
لان المال فيه ليس بامر اصلي بل من العوارض ولهذا يثبت الولاء به فان قتل المشتري
العبد المبيع ثم اطلع على عيب لم يرجع بنقصان العيب في ظاهر الرواية * وعن ابي يوسف رح
انه يرجع وذكر في الينابيع قول محمد رح معه لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي
يعتد به بدلا كالقصاص والدية فصار كالموت بمرض على فراشه وقد تقدم حكمه وجه الظاهر
ان القتل لا يوجد الا مضمونا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس فی الاسلام دم مفرج

اي مبطل وسقوط القصاص و الدية عن المولى في قتل عبده انما هو باعتبار الملك فصار كالمستفيد بالملك عوضا بخلاف الاعتاق فانه ليس بموجب للضمان في غير الملك مطلقا لعدم نفوذه ومن احد الشريكين اذا كان معسرا فقد تخلف عن الضمان فلم يصر به مستعيضا فيمتنع الرجوع * واذا كان المبيع طعاما فاكل كله اوثوبا فلبسه حتى تخرق لايرجع عند ابيحنيفة رح استحسانا وعند هما يرجع لانه صنع في المبيع ما يقصد بشراءه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق * ولابي حنيفة رح ان الرد تعذر بفعل مضمون من المشتري في المبيع كما اذا باع اوقتل وذلك لان الاكل واللبس موجب للضمان في ملك الغير وباعتبار ملكه استفاد البراءة فذلك بمنزلة عوض سلم له * والجواب عن قولهما انه لامعتبر بكونه مقصودا الا ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق * وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض * وعن ابي يوسف ومحمد رح روايتان في رواية يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في حكم شيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب واكل الكل عند هما لا يمنع الرجوع بالعيب فاكل البعض اولى * وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكله * وفي بيع البعض عنهما روايتان في احدهما لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رح وهو المذكور ههنا لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الاخرى يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او جوزا او شيئا من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه فوجد الكل فاسدا بان كان منتنا او مرا او وخا ويابحيث لا يصلح لاكل الناس ولا لعلف الدواب ولم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه فله ان يرجع بالثمن كله لانه تبين بالكسر انه ليس بمال اذ المال ما ينتفع به اما في الحال او في المآل والمذكور ليس كذلك وتفطن من القيود باضدادها فانه اذا كسر عالما بعيبه صار راضيا واذا صلح لاكل

على بعض الناس او الدواب او وجده قليل اللب كان من العيوب لا من الفساد وان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه صار راضيا * واذا لم يكن مالا لا يكون محلا للبيع فيكون باطلا فان قيل التعليل صحيح في البعض لان قشره لاقيمة له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في موضع يستعمل استعمال الحطب لعزته فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل ويرجع على البائع بحصة اللب كما ذهب اليه بعض مشائخنا اجاب المص رح بقوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر واذا كان اللب بحيث لا ينتفع به لم يوجد محل البيع فوقع باطلا فيرد القشر ويرجع بكل الثمن * وعلى هذا ان كان المبيع بيض النعامة فوجدها بالكسر مذرة ذكر بعض المشائخ انه يرجع بنقصان العيب * وهذا الفصل يجب ان يكون بلا خلاف لان مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر ومافيه واذا كان مما ينتفع به في الجملة لم يرده لتعيبه بالكسر الحادث لكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر وان كان عيبا حادثا لكنه بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملك البائع لانه بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط الا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ثم وجده معيبا فانه يرجع بالنقصان بالاجماع وان حصل التسليط منه لكونه هدرا ولو وجد البعض فاسدا فالفاسد اما ان يكون قليلا كالثلاث في المائة او كثيرا كما فوقه ففي الاول جاز البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البائع لاجله لانه عند الاقدام على العقد الظاهر من حاله الرضاء بالمعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا وفي الثاني لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره وذلك مفسد للعقد كالجمع بين الحر والقن **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري من باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فاما ان قبل بقضاء القاضي او بغير قضاء القاضي فان كان الاول فاما ان يكون باقرار ومعنى القضاء في هذه الصورة ان الخصم

ادعى على المشتري الاقرار بالعيب والمشتري انكر ذلك فاثبت الخصم بالبينة وانما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لايكون الرد محتاجا الى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وح ليس له ان يرده على بائعه لانه اقالة واما ان يكون ببينة او باباء يمين وفي كل ذلك له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع الثاني كالمعدوم والبيع الاول قائم فله الخصومة والرد بالعيب قوله غاية الامر اشارة الى جواب زفر رح عما قال اذا جحد العيب ليس له ان يدعي على البائع الاول ان به عيبا لكون كلامه متناقضا ووجهه ان غاية امر المشتري انكاره قيام العيب لكنه لما صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لايبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن وقوله هذا بخلاف الوكيل اشارة الى الجواب عما يقال اذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردا على الموكل وفيما نحن فيه الرد على المشتري ليس ردا على البائع ووجهه ان البيع في صورة الوكيل بيع واحد فرده على الوكيل رد على الموكل وفيما نحن فيه بيعان وبرد احدهما لايرتد الآخر * وانكان الثاني فليس له ان يرده لانه اقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والبائع الاول ثالثهما هذا اذا رد المشتري الثاني على الاول بعد القبض *. اما اذا كان قبل القبض فلا فرق بين ما اذا كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ من الاصل في حق الكل فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية * وصرح بذكر وضع الجامع الصغير ليتبين ان الجواب في عيب لايحدث مثله كالاصبع الزائدة او الناقصة وفي عيب يحدث مثله كالقروح والامراض سواء وان كان قد يتوهم ان العيب اذا كان مما لايحدث وقد رده بغير قضاء فله ان يرده على بائعه للتيقن بوجوده في يد البائع وهو الذي ذكر في بعض روايات بيوع الاصل والصحيح رواية الجامع الصغير لان الرد بغير قضاء اقالة تعتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الاول فلا

... الملك المستفاد من جهة البائع الاول ليخاصمه **قوله** ومن اشترى عبدا فقبضه ...

عيبا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري البينة فان حلف البائع دفع اليه الثمن وان اقام المشتري البينة فهو ان شاء يدفع الثمن او المبيع * واستشكل هذه العبارة لانه جعل غاية عدم الاجبار اما يمين البائع او بينة المشتري وذلك بالنسبة الى الاول صحيح لان باليمين يتوجه الاجبار وبالنسبة الى الثاني ليس بصحيح لان باقامة البينة يستمر عدم الاجبار لاينتهي به واجابوا باوجه * بانه من باب علفتها تبنا وماء باردا تقديره وسقيتها ماء باردا * وبان يجعل الكلام متضمنا للفظ عام يندرج تحته الغايتان فيقال لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم اي حكم الاجبار وحكم عدم الاجبار لان كل واحد من الحلف واقامة البينة حكم من الاحكام وهذا مثل قول من قال في قوله علفتها انه بمعنى اطعمتها فانه يستعمل في السقي كما استعمل الطعم في معنى الشرب قال الله تعالى وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي اي ومن لم يشربه * وبان الانتظار مستلزم لعدم الاجبار وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية * والحق ان الاستشكال انما هو بالنظر الى مفهوم الغاية وهو ليس بلازم **قوله** لانه انكر وجوب دفع الثمن تعليل لعدم الاجبار لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لانه انكر تعين حقه بدعوى العيب وانكار تعين الحق انكار علة وجوب دفع الثمن لان وجوب دفع الثمن اولا ليس الا لتعين حق البائع بازاء تعين المبيع فحيث انكر تعين حقه في المبيع لان حقه في السليم فقد انكر علة وجوب دفع الثمن اولا وفي انكار العلة انكار للمعلول فانتصب خصما ولا بد من حجة وهي اما بينته او يمين البائع * فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لان صفة الانكار تقتضي اسناد اليمين اليه لا اقامة البينة بالحديث * فالجواب ان الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدع يدعي ما يوجب دفع وجوب دفع الثمن اولا وان كان في الصورة منكرا او قوله ولانه لو قضي بالدفع دليل آخر يتضمن جواب ما قيل الموجب للجبر وهو البيع مع القبض متحقق وما ادعاه

المشتري من العيب موهوم والموهوم لا يعارض المتحقق * وتقريره ان ما ادعاه المشتري وان كان موهوما لكن يجب على القاضي اعتباره صونا لقضائه عن النقض فانه ان قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء **قوله** فان قال المشتري شهودي بالشام اذا طلب من المشتري اقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبائع فان قيل في الزام المشتري دفع الثمن ضرر له ايضا اجاب المص بقوله وليس في دفع الثمن كثير ضرر به لانه على حجته يعني هو مستبل من اقامة البينة عند حضور شهوده وفيه بحث من وجهين * الاول ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وقد تقدم بطلانه * والثاني ان الانتظار واقامة الحجة بعد الدفع موقتان بحضور الشهود فكيف كان احدهما ضررا والآخر دونه * والجواب عن الاول ان القاضي ههنا قد قضى باداء الثمن الى حين حضور الشهود لا مطلقا فلا يلزم البطلان * وعن الثاني بانه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز ان يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره * واذا طلب المشتري يمين البائع فنكل الزمه العيب لان النكول حجة في ثبوت العيب * قيل هو احتراز عن النكول في الحدود والقصاص بالاجماع وعن النكول في الاشياء الستة عند ابي حنيفة رح. **قوله** ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اذا ادعى المشتري اباق العبد المشترى وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق عنده سمع دعواه وقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه ان لم يدع الرضاء او الابراء وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة قال القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان قول البائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به

بهِ في يد المشتري لان السلامة اصل والعيب عارض ومعرفته انما تكون بالحجة و[illegible]
من وجهين * احدهما ان البينة انما تقبل من المدعي والمشتري في هذه الصورة ليس
بمدع بل فيما اذا ادعى العيب في يد البائع * والثاني ان سلامة الذمم عن الدين
اصل والشغل به عارض كما ان السلامة عن العيب اصل والعيب عارض فايّ فرق
بين ما نحن فيه وبين ما اذا ادعى على الآخر ديناً وانكر المدعى عليه ذلك فان القاضي
يسمع دعواه ويأمر الخصم بالجواب وانْ لم يثبت قيام الدين في الحال واجيب عن الاول
بان اقامة هذه البينة من تتمة اقامة البينة على ان العيب كان عند البائع لعدم تمكنه
من تلك الا بهذه وكانت من المدعي بهذا الاعتبار * وعن الثاني بان قيام الدين في الحال
لو كان شرطاً لاستماع الخصومة لم يتوصل المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة
او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها لموت او غيبة بخلاف ما نحن فيه لان توصل المشتري
الى احياء حقه ممكن لان العيب اذا كان مما يعاين ويشاهد امكن اثباته بالتعرف عن آثاره
وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والقوابل * واذا ظهر
هذا فاذا اقام المشتري البينة حلف البائع على البتات بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق
عنده قط كذا ذكر في المبسوط وقيل المراد بالكتاب ههنا الجامع الصغير وان شاء حلفه
بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط ولا يحلف
بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري وكذلك لا يحلف بالله لقد باعه
وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين جميعا ويجوز ان يحدث العيب بعد البيع
قبل التسليم ويكون غرض البائع عدم وجود العيب في الحالين جميعا ففي وجوده
في احدهما يكون باراً لان الكل ينتفي بانتفاء جزئه وبه يتضرر المشتري * وانما قال يوهم
تعلقه بالشرطين اشارة الى ان تاويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه موهم لذلك

ذكر ان شمس الائمة ذكر هذه العبارة في التحليف وقال الا انهم قالوا النظر للمشتري ينعدم اذا استحلف بهذه الصفة وذكر الوجه المذكور ثم قال والاصح عندي الاول لان البائع ينفي العيب عند البيع والتسليم فلا يكون بارا في يمينه اذ لم يكن العيب منتفيا في الحالين جميعا * وعلى هذا فلقائل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال اما لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وعلله بانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول * وقال الشارح لا يوهم لان ذلك التاويل ليس بصحيح فاذا لم يكن التاويل صحيحا كان التحليف به جائزا وهو يناقض قوله لا يحلفه الا اذا حمل النفي على الوجه الاحوط فيستقيم فان قيل الاباق فعل الغير والتحليف على فعل الغير انما يكون على العلم دون البتات فالجواب ان الاستحلاف على فعل نفسه في المعنى وهو تسليم المعقود عليه سليما كما التزمه * وقيل التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان لي علما بذلك فيحلف على البتات لادعائه العلم بذلك فان لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع بالله ما نعلم انه ابق عند المشتري هل له ذلك اولا قيل له ذلك على قولهما واختلف المشائخ على قول ابي حنيفة رح وهو المذكور في النوادر ذكره الطحاوي وهو مختار المصنف وقيل لا خلاف في هذه المسئلة لهما ان الدعوى معتبرة لانه يترتب عليها البينة وكل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف بالاستقراء ولابي حنيفة رح على قول من يقول لا تحليف على مذهبه ان الحلف مترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير المدعي وهو المشتري ههنا خصما الا بعد قيام العيب بالحجة الشرعية وقد عجز عنها * ولا نم ان كل ما يترتب عليها البينة يترتب عليها التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود بخلاف التحليف * والفرق ان التحليف شرع

[illegible] لقطع الخصومة فكان مقتضيا سابقية الخصم ولا يكون المشتري [illegible]
اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت كما تقدم واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما
فلا تستلزم كونه خصما واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على البتات على
ما تقدم قال المص رح ان كان الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر
في حق البائع لانه اذا ابق في يد المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البائع في حالة الصغر
ومثل هذا الاباق غير موجب للرد امتنع البائع عن اليمين [illegible] اليمين الكاذبة
فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به **قوله** ومن اشترى جارية وتقابضا ومن اشترى
جارية وتقابض المتبايعان الثمن والمبيع فوجد المشتري بها عيبا فاراد البائع تنقيص الثمن
على تقدير الرد فقال بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول
قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه قول القابض لانه اعرف
بما قبض كما في الغصب فانه اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه
غصبت مني غلامين وقال الغاصب غلاما واحدا فالقول قول الغاصب لانه القابض
وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض في مقداره بان كان المبيع جاريتين
ثم اختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما فالقول قول المشتري
لما بينا ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض بل ههنا اولى لان
كون المبيع شيئين امارة ظاهرة على ان المقبوض كذلك لان العقد عليهما سبب مطلق
لقبضهما **قوله** ومن اشترى عبدين صفقة واحدة رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين
بالف درهم فقبل وقبض احدهما وهو سليم فوجد بالآخر عيبا ليس له ان يرد المعيب
خاصة بل ياخذهما او يدعهما جميعا لان الصفقة تتم بقبضهما لما ان تصرف المشتري
بالمبيع قبل القبض لا يصح لعدم تمام الصفقة حينئذ وما تتم بقبضه الصفقة بقبض بعضه

لا تتم لتوقفه على قبض الكل اذ ذاك فالتفريق قبل قبضهما تفريق قبل التمام وهو لا يجوز لما ذكرناه يعني قبيل باب خيار العيب بقوله لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وهذا اي التفريق في القبض لا يجوز لان للقبض شبها بالعقد من حيث ان القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما ان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد فالتفريق في القبض كالتفريق في العقد ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت احدهما لم يصح فكذا هذا

قوله ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه اذا وجد المشتري بالمقبوض عيبا قالوا في شروح الجامع الصغير اختلف المشائخ فيه وكلام المص يشير الى ان الاختلاف بين العلماء فانه قال ويروى عن ابي يوسف رح انه يرده خاصة ووجهه ان الصفقة تامة في حق المقبوض فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والاصح انه ليس له ذلك لان تمام الصفقة بقبض المبيع وهو اسم للكل فهو كحبس المبيع لاجل الثمن فانه لا يزول بقبض بعض الثمن لتعلقه بالكل اعتبارا لاحد البدلين بالآخر ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرده خاصة وقال زفر رح لا فرق بينه وبين ما تقدم لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل القبض بجامع دفع الضرر واشبه خيار الرؤية والشرط ولنا انه اذا قبضهما جميعا فقد تمت الصفقة والتفريق بعده غير ضار بخلاف خيار الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم بالقبض فيهما على ما مر في خيار الرؤية ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لوجود تمام الرضاء من المشتري عند القبض على صفة السلامة كما اوجبه العقد والاصل صفة السلامة فكانت الصفقة تامة بظاهر العقد وتضرر البائع انما لزم من تدليسه فلا يلزم المشتري لا يقال لو كان كذلك لزم التمكن من رد المعيب قبل قبضهما ايضا لوجود التدليس منه لانه يستلزم التفريق قبل التمام وانه لا يجوز * قيل هذا الاختلاف في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما

لما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يرد هما او يمسكهما حتى لو كان المبيع ثورين قد الف احد هما بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** ولهذا اي ولان الصفقة تتم بعد القبض ولا تتم قبله لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس للمشتري ان يرد الآخر بل العقد قد لزم فيه لانه تفريق بعد التمام **قوله** ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن تفريق الصفقة لا يجوز اذا كان قبل القبض في سائر الاعيان وبعده يجوز في غير المكيل والموزون واما فيهما فلا يجوز اذا كان الجنس واحدا سواء كان في وعاء واحد او في وعائين على اختيار المشائخ * وقيل اذا كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين يجوز رد المعيب خاصة لانه يرده على الوجه الذي خرج من ضمان البائع * وجه الاظهر انه اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد اسما وحكما * اما الاول فلانه يسمى باسم واحد ككر وقفيز ونحوهما * واما الثاني فلان المالية والتقوم فيهما باعتبار الاجتماع لان الحبة بانفرادها ليست لها صفة التقوم ولهذا لا يجوز بيعها وجعلت رؤية بعضها كرؤية كلها كالثوب الواحد وفي الشيء الواحد اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لان رد الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب خاصة رد بعيب زائد وليس له ذلك فان قيل لو كان كذلك وجب ان يكون له رد الباقي اذا استحق البعض بعد القبض كما في الثوب الواحد وهو باطل بالاجماع فالجواب انه على احدى الروايتين عن ابي حنيفة رح ساقط وعلى الاخرى انما لزم العقد في الباقي ولم يبق له خيار الرد فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا في المستحق وغيره لانهما في المالية سواء والانتفاع بالباقي ممكن وما لا يوجب عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا وميزه ليرده لان تمييز المعيب من غير المعيب يوجب زيادة عيب وبخلاف الثوب الواحد فان التبعيض يضره والشركة عيب فيه زائد

لم يبق الا رد الكل او امساكه **قوله** والاستحقاق يجوز ان يكون جواب سوال * تقريره
انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها بالرضاء والمستحق
لم يكن راضيا * وتوجيهه ان الاستحقاق لايمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقد لا برضاء
المالك لان العقد حق العاقد فتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لاينعدم ذلك ولهذا
قلنا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد
يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك وهذا اي كون الاستحقاق لايوجب خيار الرد اذا كان
بعد القبض واما اذا كان قبله فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يرشدك
الى ان تمام الصفقة يحتاج الى رضاء العاقد وقبض المبيع وانتفاء احدهما يوجب عدم
تمامها وان كان المبيع ثوبا وقد قبضه المشتري ثم استحق بعض الثوب فللمشتري الخيار
في رد ما بقي لان التشقيص في الثوب عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع به * فان قيل
حدث بالاستحقاق عيب جديد في يد المشتري ومثله يمنع الرد بالعيب اجاب المص رح
قوله وقد كان وقت البيع يعني انه ليس بحادث في يده بل كان في يد البائع حيث
ظهر الاستحقاق فلا يكون مانعا بخلاف المكيل والموزون فان التشقيص ليس بعيب فيهما
حيث لا يضر وتنبه بكلام المص رح تجد حكم العيب والاستحقاق سيين قبل القبض
في جميع الصور اعني فيما يكال او يوزن او غيرهما اما العيب فظاهر واما الاستحقاق فلقوله
واما اذا كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وتجد حكمهما
بعد القبض كذلك الا في المكيل والموزون لانه ذكر في العبدين ولهذا لو استحق احدهما
ليس له ان يرد الآخر وقال في المكيل والموزون رده كله او اخذه ومراده بعد القبض ثم قال
لو استحق البعض لاخيار له في رد ما بقي **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواه
المشتري جرح الجارية المصراة وركوب الدابة في حاجته عد رضى بالمعيب لان ذلك
دليل ... ده لا استبقاء لان المداواة ازالة العيب وهي تمنع الرد لان نقيضه وهو قيام العيب

شرط التمكن من الرد فكانت دليل قصد الامساك ودليل الشيء في الامور الباطنة يقوم مقامه فلا يتمكن من الرد بذلك العيب وله ذلك بعيب آخر لان الرضاء بعيب لا يستلزم رضاه بغيره وكذلك الركوب لحاجته بخلاف خيار الشرط لانه للاختبار والاختبار بالركوب فلا يكون مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس ذلك برضى اما الركوب للرد فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان في الركوب ضبط الدابة وهو احفظ لها من حدوث عيب آخر واما للسقي والعلف فمحمول على ما اذا لم يجد منه بدا لصعوبة الدابة لكونها شموسا او لعجزه عن المشي لضعف او كبر او لكون العلف في عدل واحد اما اذا وجد منه بدا لانعدام الاولين او لكون العلف في عدلين وركب كان الركوب رضى لان حمله ح ممكن بدون الركوب **قوله** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به رجل اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري لا وقت العقد ولا وقت القبض فقطع عنده فله ان يرده ويأخذ الثمن كله وله ان يمسكه ويرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا انه يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان في يد البائع من القتل العمد والردة لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وهو لا ينافي المالية الا ترى انه لو مات تقرر الثمن على المشتري وتصرفه فيه نافذ فيكون المالية باقية فينفذ العقد فيه لانه يعتمدها لكنه متعيب به لان مباح اليد والدم لا يشترى كالسالم لانه اشد من المرض الذي هو عيب بالاجماع والمبيع المعيب عند تعذر الرد يرجع فيه بنقصانه وههنا قد تعذر الرد اما في صورة القتل فظاهر واما في صورة القطع فان الاستيفاء وقع في يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده وهذا مانع من الرد بعيب سابق لما تقدم فيرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل في وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا

الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع وسبب الوجوب يفضي الى الوجوب
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كالمستحق
والمستحق لا يتناوله العقد فينقض القبض من الاصل لعدم مصادفة العقد محله * او لانه باع
مقطوع اليد فيرجع بجميع الثمن ان رده كما لو استحق بعض العبد فرده وصار كما
اذا غصب عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا فرده على المولى فاقتص منه في يده
فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب * والجواب عن مسئلة الحمل
انها ممنوعة فان ذلك قولهما واما على قول ابيحنيفة رح فالمشتري يرجع على البائع
بكل الثمن اذا ماتت من الولادة كما هو مذهبه فيما اذا اقتص من العبد المشتري
ولئن سلمنا فنقول ثمه سبب الموت هو المرض المتلف وهو حصل عند المشتري * وعن قولهما
سبب القتل لا ينافي المالية بانه كذلك لكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متاف
للمالية في هذا المحل لانه يستلزمه فكان بمعنى علة العلة وهي تقام مقام العلة في الحكم
فمن هذا الوجه صارت المالية كانها هي المستحقة * واما اذا مات في يد المشتري فيتقرر الثمن
عليه لانه لم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فلهذا هلك في ضمان المشتري واذا قتل
فقد تم الاستحقاق * ولا يبعد ان يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك
من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر الا في حكم الاستيفاء حتى لو قتل
من عليه القصاص خطأ كان الدية لورثته دون من له القصاص **قوله** ولو سرق في يد البائع
ثم في يد المشتري اذا كان العبد المبيع سرق في يد البائع ثم سرق في يد المشتري فقطع بهما
عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه آنفا وعند ابي حنيفة رح لا يرده الا برضى البائع
للعيب الحادث وهو القطع بالسرقة الحادثة عنده ثم الامر لا يخلو من ان يقبله البائع كذلك
وان لا يقبل فان لم يقبل يرجع المشتري على البائع بربع الثمن لانها قطعت بالسببين فيرجع
بما يقابل نصف اليد وان قبل يرجع بثلثة ارباع الثمن لان اليد نصف الآدمي وتلفت

تلفت بالجنايتين وفي احد لهما الرجوع على البائع فينقسم النصف عليهما نصفين والنصف الآخر
يرجع فيه على البائع لرده العبد عليه * فان قيل اذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع
على عيب كان عند البائع فقبله البائع كذلك رجع المشتري عليه بجميع الثمن فلم لم يكن
ههنا كذلك * اجيب بان هذا على قول ابي حنيفة رح نظرا الى جريانه مجرى الاستحقاق
وما ذكرتم لا يتصور فيه * فان قيل اما تذكرون ما تقدم ان حكم العيب والاستحقاق
يستويان قبل القبض وبعده في غير المكيل والموزون فما الذي اوجب الاختلاف
ههنا بينهما * قلنا بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق
والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم ان يساويه في جميع الاحكام فعسى يكفي شبها
بين ما نحن فيه والاستحقاق كون العقد غير متناول لينتقض القبض من الاصل لما مر آنفا
قوله ولو تداولته الايدي يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع اذا تداولته الايدي
بالبياعات ثم قطع اليد في يد الاخير يرجع الباعة وهي جمع البائع كالحاكة جمع الحائك
بعضهم على بعض عند ابي حنيفة رح كما في الاستحقاق لانه بمنزلته وعندهما يرجع الاخير
على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه كما في العيب لانه بمنزلته وهذا لان المشتري الاخير
لم يصر حابسا حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فان البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب
كما تقدم **قوله** وقوله في الكتاب اي قول محمد رح في الجامع الصغير ولم يعلم المشتري
يفيد على مذهبهما لان هذا يجري مجرى العيب عندهما والعلم بالعيب رضى به *
ولا يفيد على قول ابي حنيفة رح في الصحيح لانه بمنزلة الاستحقاق والعلم به لا يمنع الرجوع
وقوله في الصحيح احتراز عما روي عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع لان حل الدم من وجه
كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل
به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لانه انما جعل هذا
كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وقد اشتراه * قال شمس الائمة

اذا اشتراه وهو يعلم بحل دمه ففي اصح الروايتين عن ابي حنيفة رح يرجع بالثمن ايضا اذا قتل عنده لان هذا بمنزلة الاستحقاق * وقال فخر الاسلام الصحيح ان الجهل والعلم سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قيل فيه نظر لانا سلمنا ان العلم بالاستحقاق لايمنع الرجوع لكن لانسلم ان العلم بالعيب لايمنع الرجوع وهذا عيب لانه موجب لنقصان الثمن لكنه اجري مجرى الاستحقاق ونزل منزلته لاحقيقته عند ابيحنيفة رح لان في حقيقته يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعا سواء كان عالما بذلك او جاهلا قبل القبض او بعده وههنا لا يبطل البيع والجواب ان كونها اصح او صحيحا يجوز ان يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلايرد السوال * ويجوز ان يكون من حيث الدليل * وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لانهم صرحوا بانه بمنزلة العيب او انه عيب من وجه واذا كان كذلك فلايلزم ان يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجّح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فاجري مجراه **قوله** ومن باع عبدا وشرط البرأة من كل عيب البيع بشرط البرأة من كل عيب صحيح سمى العيوب وعدّدها اولا علمه البائع اولم يعلمه وقف عليه المشتري اولم يقف اشار اليه اولا موجودا كان عند العقد والقبض او حدث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في رواية * وقال محمد رح لايدخل الحادث قبل القبض وهو رواية عن ابي يوسف رح وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله وقال زفر رحمه الله اذا كان مجهولا صح البيع وفسد الشرط * وقال الشافعي رح لاتصح البراءة عن كل عيب مالم يقل عن عيب كذا وعن عيب كذا وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية مالم يره المشتري * وقد جرت هذه المسئلة بينه وبين ابي حنيفة رح في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة رح ارأيت لو باع جارية في المأتى منها عيب اكان يجب على البائع ان يري المشتري ذلك الموضع منها ارأيت لوان بعض خدام امير المؤمنين باع عبدا برأس ذكره برص اكان يلزمه ان

ان يري المشتري ذلك ومازال عدد حتى افحمه وضحك الخليفة مما صنع به * الشافعي رح يقول اذا باع بشرط البراءة من كل عيب فالبيع فاسد وفي قول آخر له البيع صحيح والشرط باطل بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى التمليك ولهذا لو ابرأ المديون عن دينه فرد ابراءه لم يصح الابراء وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك لانه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الابراء باسقطت عنك ديني ولانه يتم بلا قبول والتمليك لا يتم بدونه والاسقاط لا تفضي الجهالة فيه الى المنازعة لان الجهالة انما ابطلت التمليكات بفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلا تكون مبطلة له ولهذا اجاز طلاق نسائه واعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم **قوله** وان كان في ضمنه التمليك اشارة الى الجواب عن قوله يرتد بالرد * وتقريره ان ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لانا بينا ان محض التمليك لا يبطل بجهالة لا يفوت التسليم كما اذا باع قفيزا من صبرة فلان لا تبطل الاسقاط الذي فيه معنى التمليك والمسقط متلاش لا يحتاج الى التسليم اولى * وجه قول محمد رح ان البراءة تتناول الثابت حال البراءة لان ما يحدث مجهول لا يعلم ايحدث ام لا واي مقدار يحدث والثابت ليس كذلك فلا يتناوله وابو يوسف رح يقول الغرض من الابراء الزام العقد باسقاط حق المشتري عن صفة السلامة ليقدر على التسليم الواجب بالعقد وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث * فان قيل لو نص بالحادث فقال بعت بشرط البراءة عن كل عيب وما يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة قلنا لا نسلم الاجماع فانه ذكر في الذخيرة انه يصح عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح سلمناه ولكن الفرق بان ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا * والجواب عن قوله ان ما يحدث مجهول ان مثله من الجهالة غير مانع في الاسقاط كما تقدم

قوله ويدخل في هذه البراءة احتراز عما لو قال بعت هذا العين على اني بريء من كل عيب به فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لانه لما قال به اقتصر على الموجود والله اعلم

* باب البيع الفاسد *

تاخر غير الصحيح عن الصحيح لعلة غير محتاج الى تنبيه ولقب الباب بالفاسد وان كان مشتملا عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد اسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحا اصلا ووصفا والفاسد هو ما لا يصح وصفا * وكل ما اورث خللا في ركن البيع فهو مبطل وما اورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه وعدم الاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد وعلى هذا تنفصل المسائل المذكورة في الكتاب فيقال البيع بالميتة لغة وهو الذي مات حتف انفه والدم والحر باطل لانعدام الركن وهو مبادلة المال بالمال لان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي وانما قيدنا بقولنا لغة لتخرج المخنوقة وامثالها فان ذلك عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا ولهذا اذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ذكره المصنف رح في التجنيس وان كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف انفه فان بيعها فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم وعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقته وهي مبادلة المال بالمال فانه اي المذكور من الخمر والخنزير مال متقوم عند البعض من اهل الكفر وانما اولنا بذلك لانه مال عندنا بلا خلاف لكنه ليس بمتقوم لان الشرع ابطل تقومها في حق المسلمين كيلا يتمولوا بها كما ابطل قيمة الجودة بانفرادها في المكيل والموزون ولو اراد بقوله عند البعض المسلمين لم يحتج الى تاويل لكنه خلاف الظاهر **قوله** والباطل لا يفيد ملك التصرف كانه اشارة الى الفرق بين الباطل والفاسد فالباطل لا يفيد ملك التصرف وكل ما لا يفيد ملك التصرف لا يفيد ملك الرقبة فالباطل لا يفيد ملك الرقبة ولو هلك المبيع في يد المشتري في الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ منهم ابو نصر احمد

احمد الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح نص على ذلك في السير الكبير نقله ابو المعين في شرح الجامع الكبير لان العقد باطل والباطل غير معتبر والقبض باذن المالك فيكون امانة وعند بعض آخر منهم شمس الائمة السرخسي رح وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح يكون مضمونا لانه لايكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة فكذلك ههنا والمقبوض على سوم الشراء وهو ان يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيته اشتريته بعشرة اما اذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه ابو الليث رح في العيون قيل وعليه الفتوى * وقال محمد بن سلمة البلخي الاول قول ابيحنيفه رح والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى و الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اي اذا كان ذلك القبض باذن المالك باتفاق الروايات * واما اذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير اذن البائع ذكر في الماذون انه لا يملك قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا لايملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير فاما اذا كان شيئا يملكه فقبض الثمن منه يكون اذنا بالقبض * فان قيل لو افاد ذلك الملك لجاز للمشتري وطئ جارية اشتراها بشراء فاسد وجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة بشراء فاسد ويحل اكل طعام اشتراه كذلك لان الملك مطلق له لكن ليس له ذلك * فالجواب انما لم يحل وطئها واكله ولم تثبت الشفعة فيما ذكرت لان في الاشتغال بالوطئ والاكل اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده فلايجوز * واعلم ان المشائخ رحمهم الله اختلفوا في مبنى جواز التصرف للمشتري في المشترى بشراء فاسد فذهب العراقيون الى انه مبني على تسليط البائع على ذلك لا على ملك العين واستدلوا بالمسائل المذكورة قالوا لو ملك العين لملك الامور المذكورة ولم يملكها * وذهب مشائخ بلخ الى ان جواز التصرف بناء على ملك العين *

واستدلوا بما اذا اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان يأخذها بالشفعة لنفسه * ولو اشترى جارية بشراء فاسد فقبضها ثم ردها على البائع وجب عليه الاستبراء * ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبضه المشتري ثم اعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز لان عتقهما وتسليطهما على العتق لايجوز * فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين * واجابوا عن المسائل المذكورة بما ذكرنا قبل وهو الاصح واذا كان مفيدا للملك عند اتصال القبض به كان المبيع مضمونا في يد المشتري فيه اي في البيع الفاسد وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه بعد هذا في اول الفصل الذي يلي هذا الباب **قوله** وكذا بيع الميتة يعني كما ان البيع بهذه الاشياء باطل فكذا بيع هذه الاشياء لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير فلا يخلو اما ان يكون بالدين كالدراهم والدنانير او بالعين فان كان الاول فالبيع باطل لا يفيد ملك الخمر ولا ما يقابلها وان كان الثاني فالبيع فاسد لا يفيد ملك الخمر ويفيد ما يقابلها من البدل بالقبض ووجه الفرق بين الصورتين ان الخمر مال وكذا الخنزير عند اهل الذمة الا انه غير متقوم اي غير معزوز يقابله قيمة لان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وما امر الشرع بترك اعزازه لايكون معزوزا فلا يكون متقوما وفي تملكه بالعقد مقصودا اي بجعله مبيعا اعزازله وهو خلاف المامور به وبيانه ما ذكره بقوله وهذا لانه متى اشتراهما بالدراهم والدنانير فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر وفي جعله كذلك خلاف المامور به فسقط التقوم اصلا لئلا يفضي الى خلاف المامور به وح يكون البيع باطلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب بجعله مبيعا انما يقصد تملك الثوب بوسيلة الخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فلم يكن ذكرها لنفسها بل لغيرها وليس في ذلك اعزازها ولا خلاف ما امر به فلا يكون باطلا وفسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب يكون البيع فاسدا وان وقع الخمر مبيعا والثوب ثمنا بدخول الباء لكونه

لكونه مقايضة وفيها كل من العوضين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجح جانب الفساد على جانب البطلان صونا للتصرف عن البطلان بقدر الامكان **قوله** وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد بيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد اي باطل وانما فسره بذلك لئلا يتوهم انه يفيد الملك باتصال القبض والامر بخلافه والدليل على ذلك ما ذكره بقوله لان استحقاق العتق قد ثبت الى آخره وتحقيقه ان بين استحقاق العتق وثبوت الملك بالبيع منافاة لان استحقاقه عبارة عن جهة حرية لا يدخل عليها الابطال وثبوت الملك يبطلها واحد المتنافيين وهو الاستحقاق ثابت بقوله صلى الله عليه واله وسلم اعتقها ولدها فينتفي الآخر * لا يقال هو متروك الظاهر لانه يوجب حقيقة العتق وانتم تحملونه على حقه فلا يصلح دليلا * لان المجاز مراد بالاجماع * وكذلك المنافاة ثابتة بين انعقاد سبب الحرية في حق المدبر في الحال وبين ثبوت الملك بالبيع لتنافي اللوازم فان الملك مع الحرية لا يجتمعان فكذلك سبب الحرية والبيع واحد المتنافيين وهو سبب الحرية ثابت في الحال لانه لو لم يكن ثابتا في الحال لكان اما غير ثابت مطلقا او ثابتا بعد الموت والاول باطل لانه يستلزم اهمال لفظ المتكلم العاقل البالغ والاعمال اولى * وكذلك الثاني لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فمتى قلنا انه ينعقد سببا بعد الموت احتجنا الى بقاء الاهلية والموت ينافيها فدعت الضرورة الى القول بانعقاد التدبير سببا في الحال وتأخر الحكم الى ما بعد الموت * وكذلك بين استحقاق المكاتب يدا على نفسه لازمة في حق المولى وبين ثبوت الملك منافاة لكن استحقاق اليد اللازمة في حق المولى ثابت لانه لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب فينتفي الآخر * وانما قيد بقوله في حق المولى لانه غير لازمة في حق المكاتب لقدرته على فسخها بتعجيز نفسه * فان قيل لو بطل بيع هؤلاء لكان كبيع الحر وحينئذ بطل بيع القن المضموم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر والامر بخلافه * فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم

محليته للبيع اصلا بثبوت حقيقة الحرية وبيع هؤلاء باطل بقاء بحق الحرية لا ابتداء لعدم
حقيقتها والفرق بينهما بيّن * ولهذا جاز بيع ام الولد والمدبر والمكاتب من انفسهم
ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك دخلوا في البيع ابتداء لكونهم
محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن بحصته من الثمن والبيع بالحصة
بقاء جائز * بخلاف الحر فانه لما لم يدخل لعدم المحلية لزم البيع بالحصة ابتداء وانه باطل
على ما يجيء * **قوله** ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز واذا رضي
المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز لان عدمه كان لحقه فلما اسقط حقه برضائه
انفسخت الكتابة وجاز البيع * وروي في النوادر انه لا يجوز والمراد بالمدبر هو المطلق
دون المقيد بالتفسير المارّ في التدبير وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد تقدم فيه وان ماتت
ام الولد والمدبّر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا تجب عليه قيمتهما
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر *
روى المعلى عن ابي حنيفة رح انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب واما
في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي حنيفة رح انها لا تضمن بالبيع والغصب لانه
لا تقوم لماليتها * والفرق لابي حنيفة رح بين ضمان الغصب في المدبر وضمان بيعه في غير
رواية المعلّى ان ضمان البيع وانْ اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه
بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذ لم يكن محلا
للبيع انهدرت هذه الجهة فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان لهما انه اي ان كل واحد
من المدبر وام الولد مقبوض بجهة البيع لان المدبر وام الولد يدخلان تحت العقد
حتى يملك ما يضم اليهما في البيع كما مر آنفا وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال
المقبوضة على سوم الشراء * فان قيل لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم اليه
موجبا للضمان لكان في المكاتب كذلك اجاب بقوله بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا

فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وتحقيقه ان المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم ولابي حنيفة رح ان جهة البيع انما يوجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما اي ام الولد والمدبر لا يقبلان حقيقة البيع فلا يلحق الجهة بها فصارا كالمكاتب في كونه غير قابل للحقيقة **قوله** وليس دخولهما جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ومعناه ان فائدة الدخول لا تنحصر في نفس الداخل لجواز ان تكون عائدة الى غيره كثبوت حكم البيع فيما ضم اليهما وليس ذلك بمستبعد بل له نظير في الشرع وهو ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتهما فيأخذ المشتري عبد البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع فكذلك هذا **قوله** ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده بيع السمك قبل الاصطياد بيع ما لم يملكه البائع فلا يجوز واذا اصطاده ثم القاه في الحظيرة فلا يخلو اما ان تكون صغيرة او كبيرة لا يمكن الاخذ منها الا بتكلف واحتيال فان كانت كبيرة لا يجوز لانه غير مقدور التسليم وان كانت صغيرة جاز لانه باع مقدور التسليم واذا سلمها الى المشتري فله خيار الرؤية وان رآها في الماء لان السمك يتفاوت خارج الماء فصار كانه اشترى ما لم يره **قوله** الا اذا اجتمعت استثناء من قوله جاز يعني الحظيرة اذا كانت صغيرة تؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل فانه لا يجوز لعدم الملك وهو استثناء منقطع لكونه مستثنى من الماخوذ الملقى في الحظيرة والمجتمع بنفسه ليس بداخل فيه * وفيه اشارة الى انه لو سد صاحب الحظيرة عليها المدخل ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا كما لو باض الطير في ارض انسان او فرخت فانه لا يملك لعدم الاحراز * ولا يشكل بما اذا اعسل النحل في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او يهيئ له موضعا * لان العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها

فانها ليست فيها على وجه القرار **قوله** ولا بيع الطير في الهواء بيع الطير في الهواء على ثلثة اوجه * الاول بيعه في الهواء قبل ان يصطاده وهو لا يجوز لعدم الملك * والثاني بيعه بعد ان اخذه وارسله من يده وهو ايضا لا يجوز لانه غير مقدور التسليم * والثالث بيع طير يذهب ويجيئ كالحمام وهو ايضا لا يجوز في الظاهر * وذكر في فتاوى قاضيخان وان باع طيراله في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه والا فلا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين ولا نتاج الحمل وهو حبل الحبل وقد نهى النبي صلى الله عليه واله وسلم عن بيع الحبل وحبل الحبلة والنتاج في الاصل مصدر نُتِجت الناقة بالضم ولكن اريد به المنتوج ههنا والحبل مصدر حبلت المرأة حبلا فهي حبلى فسمي به المحبول كما سمي بالحمل وانما ادخلت عليه التاء اشعارا بمعنى الانوثة فيه لان معناه ان يبيع ما سوف يحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك فابطله رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ولان فيه غررا وهو ما طوي عنك علمه * قال في المغرب في الحديث نهى عن بيع الغرر وهو الخطر الذي لا يدرى ايكون ام لا كبيع السمك في الماء والطير في الهواء **قوله** ولا اللبن في الضرع للغرر بيع اللبن في الضرع لا يجوز لوجوه ثلثة * للغرر لجواز ان يكون الضرع منتفخا يظن لبنا والغرر منهي عنه * وللنزاع في كيفية الحلب فان المشتري يستقصي في الحلب والبائع يطالبه بان يترك داعية اللبن * ولانه يزداد ساعة فساعة والبيع لم يتناول الزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره واختلاط المبيع بما ليس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع وبيع الصوف على ظهر الغنم لا يجوز لوجهين * لانه من اوصاف الحيوان لان ما هو متصل بالحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه * ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره وهو مبطل كما مر فان قيل القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها اجاب بانها تزيد من اعلاها فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطا في

في اعلاها وتركت ايا ما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الآن والا على ملك المشتري وما وقع من الزيادة وقع في ملكه * اما الصوف فان نموه من اسفله فاذا خضب الصوف على ظهر الشاة ثم ترك حتى نما فالمخضوب يبقى على راسه لا في اصله فان قيل القصيل كالصوف وجاز بيعه اجاب بان القصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع * واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف فبعد ذلك يقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح فيما يروى عنه من جواز بيع الصوف على الظهر **قوله** وجذع في سقف اذا باع جذعا في سقف او ذراعا من ثوب يعني ثوبا يضره التبعيض كالقميص لا الكرباس فالبيع لا يجوز ذكرا القطع اولا لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر لم يوجبه العقد ومثله لا يكون لازما فيتمكن من الرجوع ويتحقق المنازعة بخلاف ما لم يكن في التبعيض مضرة كبيع عشرة دراهم من نقرة فضة وذراع من كرباس فان بيعه جائز لانتفاء العلة ولو لم يكن الجذع معينا لا يجوز للزوم الضرر وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري عاد البيع صحيحا لزوال المفسد وهو الضرر * ولو باع النوى في التمر او البزر في البطيخ لم يصح وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اي هو شيء مغيب وهو في غلافه فلا يجوز بيعه فان قيل بيع الحنطة في سنبلها وامثالها بيع ما في وجوده احتمال فانه شيء مغيب في غلافه فهو جائز اجيب بان جوازه باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها انما يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه فصح العقد اعمالا لتصحيح لفظه * واما بزر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو البزر والنوى والحب لا يطلق عليه اذ لا يقال هذا بزر ونوى وحب بل يقال هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع

مذكوراً وما هو المذكور فليس بمبيع وهذا على قول من يرى تخصيص العلة واضح وطريق من لا يرى ذلك عرف في اصول الفقه **قوله** اما الجذع فعين موجود اشارة الى تمام الفرق بين البزر والنوى والجذع المعين في السقف بان الجذع المعين موجود اذا الفرض فيه والنوى والبزر ليسا كذلك فان قيل اذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح شاة وسلخ جلدها وسلّمه لا ينقلب البيع جائزاً وان كان الجلد عيناً موجوداً كالجذع في السقف وكذا بيع كرشها واكارعها اجيب بان المبيع وان كان موجوداً فيه لكنه متصل بغيره اتصال خلقة فكان تابعاً له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لانه اعتبر جزءاً حكماً لما فيه من افساد شيء غير مستحق بالعقد * واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز ويجب تخصيص العلة وطريق من لا يرى به كما تقدم **قوله** وضربة القانص القانص الصائد يقال قنص اذا اصاد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة يقال ضرب الشبكة على الطائر القاها ومنه نهي عن ضربة القانص وفي تهذيب الازهري عن ضربة الغائص وهو الغواص على اللآلي هو ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجت فهو لك بكذا والمعنى فيهما واحد وهو انه مجهول وان فيه غرراً لانه يجوز ان لا يدخل في الشبكة شيء من الصيد وان لا يخرج من الغوصة شيئاً **قوله** وبيع المزابنة بالرفع والجر فيه وفيما تقدم جائز والمزابنة وهو بيع الثمر بالثاء المثلثة على النخيل بتمر بالتاء المثناة مجذوذ مثل كيله ما على النخيل من الثمر حرزاً وظناً لا حقيقياً لانه لو كان مثله كيلاً حقيقياً لم يبق ما على الراس ثمراً بل تمراً مجذوذاً كالذي يقابله من المجذوذ ولا يجوز لان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ولانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز خرصاً لان فيه شبهة الربوا الملحقة بالحقيقة في التحريم كما لو كانا موضوعين على الارض وباع

وباع احدهما بالآخر خرصا وبيع العنب بالزبيب على هذا * وقال الشافعي رح يجوز فيما
دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله في مقدار خمسة اوسق قولان
استدل بان النبي عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وفسرها بان يباع الثمر الذي
على رأس النخيل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق وانث الضمير في قوله بخرصها على انه
جمع الثمرة وقلنا بالقول بالموجب وهو ان نقول سلمنا ان رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم
رخص في العرايا فان الاحاديث الدالة على ذلك كثيرة لا يمكن منعها لكن ليس حقيقة معناها
ما ذكرتم بل معناها العطية لغة وتاويلها ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق
على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى
من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذ وذا بالخرص
ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب
له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتدأة وسمي بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما
دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده
وفيه بحث من وجهين * الاول انه جاء في حديث زيد بن ثابت رض ان رسول الله صلى الله
عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العرايا فسياقه يدل على ان المراد
بالعرايا بيع تمر بتمر * والثاني انه جاء في حديث جابر رض بلفظ الاستثناء الا العرايا والاصل
حمل الاستثناء على الحقيقة والاستثناء من البيع حقيقة بيع لوجوب دخوله في المستثنى منه
والجواب عن الاول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم وعن الثاني انه
على ذلك التقدير ينافي قوله عليه السلام المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والمشهور قاض عليه
قوله ولا يجوز البيع بالقاء الحجر سام البائع السلعة اي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري
بمعنى استامها * بيع الملامسة وهو ان يتساوم الرجلان في السلعة فيلمسها المشتري بيده

فيكون ذلك ابتياعا لها رضي مالكها بذلك اولم يرض * وبيع المنابذة وهوان يتراوض الرجلان على السلعة فيجب مالكها الزام المساوم له عليها اياها فينبذها اليه فيلزمه بذلك ولا يكون له ردها عليه * وبيع القاء الحجر هوان يتساوم الرجلان على السلعة فاذا وضع الطالب لشرائها حصاة عليها تم البيع فيها على صاحبها ولم يكن لصاحبها ارتجاع فيها وهذه كانت بيوعا في الجاهلية فنهى عنها رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم وعبارة الكتاب تشير الى ان المنهي عنه بيع الملامسة والمنابذة وبيع القاء الحجر ملحق بهما لانه في معناهما ولان فيه تعليقا بالخطر والتمليكات لا يحتمله لادائه الى معنى القمار لانه بمنزلة ان يقول البائع للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعته واي ثوب لمسته بيدك فقد بعته واي ثوب نبذته الي فقد اشتريته ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا ان يقول على انك بالخيار ان تاخذ ايهما شئت فانه يجوز استحسانا وقد تقدم الكلام فيه **قوله** ولا يجوز بيع المراعي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلاء وهو ما ليس له ساق من الحشيش كذا روي عن محمد رح * وقيل ماله ساق وما ليس له ساق فهو كلاء وانما فسر المراعي بذلك لان لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الارض وعلى الكلاء وعلى مصدر رعى فلو لم يفسر بذلك لتوهم ان بيع الارض واجارتها لا يجوز وهو غير صحيح لان بيع الاراضي واجارتها صحيح سواء كان فيه الكلاء اولم يكن اما عدم جواز بيع الكلاء الغير المحرز فلانه غير مملوك لاشتراك الناس فيه بالحديث وهو قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلاء والنار وما هو غير مملوك لا يجوز بيعه ومعنى شركتهم فيها ان لهم الانتفاع بها بضوئها والاصطلاء بها والشرب وسقي الدواب والاستسقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة من الاراضي المملوكة والاحتشاش من الاراضي المملوكة ولكن له ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع كان لغيره ان يقول له ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني الى حقي او تحتشه فتدفعه الي او تدعني حتى آخذ كثوب لرجل وقع في دار انسان * هذا اذا نبت بنفسه ظاهر واما اذا انبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ذكر في المحيط والذخيرة

والنوازل ان صاحبها ملكه وليس لاحد ان يأخذه بغير اذنه فجاز بيعه * وذكر القدوري انه لايجوز بيعه لان الشركة فى الكلاء ثابتة بالنص وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلاء فبقي على الشركة فلايجوز بيعه * واما عدم جواز الاجارة فلمعنيين احدهما وقوع الاجارة في عين غير مملوك * والثاني انعقادها على استهلاك عين مباح وانعقادها على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لايصح فعلى استهلاك عين مباح اولى وذلك لان المستحق بعقد الاجارة على الآجر المنافع لاالاعيان الااذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والظئارة ولم يذكر ان اجارة الكلاء وقعت فاسدة او باطلة وذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيها **قوله** ولايجوز بيع النحل قال ابوحنيفة وابويوسف رح لايجوز بيع النحل وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا اي مجموعا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء مايحدث منه وشرعا لعدم مايمنع منه شرعا وكل ما هوكذلك يجوز بيعه وكونه غير ماكول لاينافيه كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام والهوام وهي المخوفة من الاحناش لايجوز بيعها وقال فى الجامع الصغير أرأيت ان من وجد بها عيبا بكم يردها وفيه اشارة الى ان النحل لاقيمة لها ولارغبة في عينها وقوله والانتفاع بمايخرج منه جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لانسلم انه منتفع به بعينه بل الانتفاع بمايحدث منه وذلك معدوم فى الحال * قيل قوله لابعينه احتراز عن المُهر والجحش فانهما وان كانا لاينتفع بهما فى الحال لكن ينتفع بهما فى المآل باعيانهما * وفيه بعد لخروجهما بقوله بمايخرج منه * واذا كان الانتفاع بمايخرج فقبل خروجه لايكون منتفعا به حتى لوكان معه مايخرج منه بان باع كوارة بضم الكاف وكسرها وهي معسل النحل اذا سوّي من طين فيها عسل بمافيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح في مختصره

وقال القدوري في شرحه لهذا المختصر واما اذا باع العسل مع النحل فالعقد يقع على العسل ويدخل النحل على طريق التبع وان لم يجز افراده بالبيع كالشرب والطريق ثم قال وقد حكي عن ابي حسن الكرخي انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع على طريق التبع ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف رح **قوله** ولا يجوز بيع دود القز بيع دود القز وبيضه وهو البزر الذي منه يكون الدود لا يجوز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وبيضه مما لا ينتفع به بعينه بل بما سيحدث منه وهو معدوم في الحال وجاز عند محمد رح لكونه منتفعا به ولمكان الضرورة في بيضه قيل وعليه الفتوى واجاز ابو يوسف رح بيع دود القز اذا ظهر فيه القز تبعا له كبيع النحل مع العسل وبيع بيضه مطلقا لمكان الضرورة ونقل عنه انه مع ابي حنيفة رح كما في دوده وهذه العبارة تشير الى ان ابا حنيفة رح انما لم يجوز بيعه بانفراده اما اذا كان تابعا فيجوز والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم وكان موضع ذكره عند قوله ولا بيع الطير في الهواء وانما ذكرهنا اتباعا لما ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لانه وضعه ثمه كذلك **قوله** ولا يجوز بيع الآبق بيع الآبق المطلق لا يجوز لما ذكر محمد رح في الاصل بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وعلى اله وسلم انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه غير مقدور التسليم والآبق الذي لا يكون مطلقا وهو الذي لا يكون آبقا في حق احد المتعاقدين جاز بيعه كمن باعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع المطلق منه وهذا غير آبق في حق المشتري فينتفي العجز عن التسليم المانع من الجواز ثم هل يصير قابضا بمجرد العقد اولا ان كان قبضه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء بالاتفاق وان قبضه للرد فاما ان يشهد على ذلك اولا فان كان الاول لا يصير قابضا لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة لا ينوب عن

عن قبض البيع لان قبض الضمان اقوى لتاكده باللزوم والملك اما اللزوم فلان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه وبعد القبض ليس للبائع فسخه بخلاف الامانة * واما الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين على ما هو الاصل بخلاف قبض الهبة * وان كان الثاني يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب وهو قبض ضمان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وذكر الامام التمرتاشي انه لا يصير قابضا عند ابي يوسف رح وقول المصنف رح يجب ان يصير قابضا كانه اشارة الى انه يلزم ابا يوسف رح القول بكونه قابضا نظرا الى القاعدة ولو قال المشتري هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لكونه آبقا في حق المتعاقدين وغير مقدور التسليم اذ البائع لا يقدر على تسليم ما ليس في يده ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق هل يتم ذلك العقد او يحتاج الى عقد جديد ففي ظاهر الرواية وبه اخذ مشائخ بلخ ان ذلك العقد لا يتم ويحتاج الى عقد جديد لوقوعه باطلا فان جزء المحل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فانعدم المحل فصار كما اذا باع الطير في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس وعورض بان الاعتاق يجوز ولو فات المحل لما جاز واجيب بان الاعتاق ابطال الملك وهو يلائم التوى بالاباق بخلاف البيع فانه اثباته والتوى ينافيه * وروي عن ابي حنيفة رح ان العقد يتم اذا لم يفسخ والبائع ان امتنع عن تسليمه والمشتري عن قبضه اجبر على ذلك لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق ولهذا اجاز اعتاقه وتدبيره والمانع وهو العجز عن التسليم قد ارتفع فتحقق المقتضي وانتفى المانع فيجوز فصار كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشائخنا رحمهم الله * واما اذا رفعه المشتري الى القاضي فطلب منه التسليم وعجز البائع عنه وفسخ العقد بينهما ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى بيع جديد **قوله** ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح قيد بقوله في قدح لدفع ما عسى يتوهم ان بيعه في الضرع لا يجوز كسائر البان الحيوانات وفي القدح

يجوز فقال انه لا يجوز في قدح وجوز الشافعي رح بيعه لانه مشروب طاهر وبيع مثله جائز كسائر الالبان وعقب بقوله طاهر احترازا من الخمر فانها ليست بطاهر ولنا انه جزء الآدمي لان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية وجزء الآدمي ليس بمال لان الناس لا يتمولونه وما ليس بمال لا يجوز بيعه وعورض بانه لو كان جزء الآدمي لكان مضمونا بالاتلاف كبقية اجزاء الآدمي واجيب بانا لا نسلم ان الاجزاء تضمن بالاتلاف بل المضمون ما انتقص من الاصل الايرى ان الجرح اذا اتصل به البرء سقط الضمان وكذا السن اذا انبتت **قوله** وهو اي الآدمي بجميع اجزائه مكرم يجوز ان يكون دليلا آخر وتقريره ان الآدمي بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال وما يرد عليه البيع ليس بمكرم ولا مصون عن الابتذال ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد البيع على نفسها فيجوز على جزئها اعتبارا للجزء بالكل * والجواب انه اعتبار مع وجود الفارق فلا يجوز * وبيانه ان الرق حل نفسها وما حل فيه الرق جاز بيعه واما اللبن فلا رق فيه لان الرق يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق يعني العتق وهو اي المحل هو الحي ومعناه انهما صفتان يتعاقبان على موضوع واحد فهما ضدان واذ لاحيوة في اللبن لا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع * والجواب عن قوله مشروب طاهر ان المراد به كونه مشروبا مطلقا اوفي حال الضرورة والاول ممنوع فانه اذا استغني عنه حرم شربه والثاني مسلم لانه غذاء في تربية الصغار لاجل الضرورة فانهم لا يتربّون الا بلبن الجنس عادة ولكن لا يدل ذلك على كونه مالا كالميتة تكون غذاء عند الضرورة وليست بمال يجوز بيعه **قوله** ولا يجوز بيع شعر الخنزير بيع شعر الخنزير لا يجوز لانه نجس العين فليس بمال فلا يجوز بيعه وعليه الاجماع ولان نجس العين لا يجوز بيعه اهانة له ويجوز * الانتفاع به للخرز للضرورة لان غيره لا يعمل عمله فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يجوز بيعه اجاب

اجاب بانه يوجد مباح الاصل فلاضرورة الى بيعه وعلى هذا قيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع جاز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبائع * وقال ابو الليث رح ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء ولو وقع في الماء افسده عند ابي يوسف رح لان الاطلاق للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع في الماء غير حالة الاستعمال وقال محمد رح لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل على طهارته ووقوع الطاهر في الماء لا ينجّسه وكان المصنف رح اختار قول ابي يوسف رح حيث اخره * قيل هذا اذا كان منتوفا واما المجزوز فطاهر كذا في التمرتاشي وقاضي خان **قوله** ولا يجوز بيع شعور الانسان بيع شعور الآدميين والانتفاع بها لا يجوز وعن محمد رح انه يجوز الانتفاع بها استدلالا بما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم حين حلق رأسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل اذ النجس لا يتبرك به * وجه الظاهر ان الآدمي مكرّم غير مبتذل وما هو كذلك لا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وفي البيع والانتفاع ذلك ويؤيد ذلك قوله عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة من يوصل الشعر والمستوصلة من يُفعل بها ذلك فان قيل جعل المصنف رح بيع شعر الخنزير اعزازا فيما تقدم وجعل بيع شعر الآدمي اهانة له والبيع حقيقة واحدة فكيف يجوز ان يكون موجبا لامرين متنافيين اجيب بان البيع مبادلة فلا بد فيه من المبيع فان كان مما حقّره الشرع فبيعه ومبادلته بما لم يحقره اعزاز له فلا يجوز لافضائه الى اعزاز ما حقّره الشرع وان كان مما كرّمه وعظّمه فبيعه ومبادلته بما ليس كذلك اهانة له فلا يجوز لافضائه الى تحقير ما عظمه الشرع فليس ذلك من البيع في شيء وانما هو من وصف المحل شرعا * ثم ان عدم جوازهما ليس للنجاسة على الصحيح لان شعر غير الانسان لا يتنجس بالمزايلة فشعره وهو طاهر اولى ولان في سائر الشعور ضرورة وهي تنافي النجاسة * وقال الشافعي رح نجس لحرمة الانتفاع به وهو محجوج بالضرورة * ولا باس باتخاذ القراميل وهي ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النساء

اي في اصول شعرهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل ولايجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ
لانه غير منتفع بها لنجاستها قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ
كذا روي عن الخليل وقد مر في كتاب الصلوة فان قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات
ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس اجيب بانها خلقية فما لم يزايل بالدباغ فهي كعين
الجلد بخلاف نجاسة الثوب فان قيل قوله لا تنتفعوا نهي وهو يقتضي المشروعية فمن
اين اللاجواز فالجواب انه نهي عن الافعال الحسية وهو يفيده طالع التقرير تطلع عليه
ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت به لان تاثيره في ازالة الرطوبة
كالذكاة والجلد يطهر بها فيطهر بالدباغ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد تقدم
في كتاب الصلوة والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح اعتبارا به في حرمة اللحم
وغيرها قال لا تقع عليه الذكاة واذا دبغ جلده لم يطهر وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه
لانه ينتفع به بالركوب والحمل وغير ذلك فلم يكن نجس العين بل كان كالكلب
وسائر السباع قالوا بيع عظمه انما يجوز اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فهو نجس
فلا يجوز بيعه **قوله** واذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع
صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه والمال هو المحل
للبيع فان قيل الشرب حق الارض ولهذا قال في كتاب الشرب اذا اشترى ارضا
لم يكن له شرب فينبغي ان لا يجوز اجاب بقوله بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء
لوجوب الضمان بالاتلاف فان من سقى ارض نفسه بماء غيره يضمن ولان له حظا من الثمن
ذكر في كتاب الشرب قال في شاهدين شهد احدهما بشراء ارض بشربها بالف وآخر
بشرائها بالف ولم يذكر الشرب لم تقبل لانهما اختلفا في ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل

يقابل الشرب * وانمالم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية للجهالة لا باعتبار انه ليس
بمال بخلاف بيعه معها تبعا لزوالها باعتبار التبعية **قوله** وبيع الطريق وهبته جائز بيع
رقبة الطريق وهبته جائز لكونه معلوما بطوله وعرضه ان بين ذلك وهو ظاهر والا قدر
بعرض باب الدار العظمى وهومشاهد محسوس لايقبل النزاع وبيع رقبة المسيل من حيث
هومسيل وهبته اذالم يبين الطول والعرض لايجوز للجهالة حيث لايدرى قدرما يشغله الماء *
والقيد الاول لاخراج بيع رقبته من حيث انه نهر فانه ارض مملوكة جاز بيعها ذكره
شمس الائمة السرخسي رح * والثاني لاخراج بيعه من حيث هومسيل اذا بين حدوده
وموضعه فانه جائز ايضا ذكره قاضي خان وهذا احد محتملي المسئلة * وبيع حق المرور وهو
حق التطرق دون رقبة الارض جائز في رواية ابن سماعة وجعل في كتاب القسمة لحق
المرور قسطا من الثمن حيث قال دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر ليس له منعهما
من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان
باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب
الممر بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق تكون
على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع فقد جعل لحق
المرور قسطا من الثمن وهويدل على جواز البيع وفي رواية الزيادات لايجوز * وصححه
الفقيه ابوالليث لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لايجوز وبيع التسييل وهوحق المسيل
لايجوز وهذا هومحتملها الآخر * واذا عرف هذا فان كان المراد المحتمل الاول فالفرق بينهما بالعلم
والجهل كما مر آنفا وان كان المحتمل الثاني فعلى رواية الزيادات لايحتاج الى الفرق
لشمول عدم الجواز واما على رواية ابن سماعة فالفرق بينهما ان حق المرور معلوم
لتعلقه بمحل معلوم اما بالبيان او التقدير كما مر وهو الطريق واما المسيل فاما ان يكون
على السطح او على الارض والاول حق التعلي وهوليس بمال ولا متعلق به مع كونه

مجهولا لاختلاف التسييل بقلة الماء وكثرته * والثاني مجهول فعاد الى الفرق في المحتمل الاول وهذه الرواية اعني رواية ابن سماعة في جواز بيع حق المرور يلجئ الى الفرق بينه وبين التعلي والفرق بينهما ما ذكره بقوله ان حق التعلي تعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع وعقد البيع لا يرد عليها اما حق المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان والبيع يرد عليها * وظهر من هذا ان محل البيع اما الاعيان التي هي اموال او حق يتعلق بها وفيه نظر لان السكنى من الدار مثلا حق يتعلق بعين تبقى وهو مال ولا يجوز بيعه **قوله** ومن باع جارية فاذا هو غلام اعلم ان الذكر والانثى قد يكونان جنسين لفحش التفاوت بينهما وقد يكونان جنسا واحدا لقلته فالغلام والجارية جنسان لان الغلام يصلح لخدمة خارج البيت كالتجارة والزراعة وغيرهما والجارية لخدمة داخل البيت والاستفراش والاستيلاد الذين لم يصلح لهما الغلام بالكلية والكبش والنعجة جنس واحد لان الغرض الكلي من الحيوان الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى في ذلك سواء فالمعتبر في اختلاف الجنس واتحاده تفاوت الاغراض دون الاصل كالخل والدبس فانهما جنسان مع اتحاد اصلهما لعظم التفاوت والوذاري بكسر الواو وفتحها ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارا جنسان مختلفان على ما قال المشائخ رحمهم الله في شروح الجامع الصغير * واذا عرف هذا فاذا وقعت الاشارة الى مبيع ذكر بتسميته فان كان ذلك مما يكون الذكر والانثى فيه جنسين كبني آدم فالعقد يتعلق بالمسمى ويبطل بانعدامه فاذا قال بعتك هذه الجارية فاذا هو غلام بطل البيع لفوات التسمية التي هي ابلغ في التعريف من الاشارة فان التسمية لبيان الماهية يعني موصوفا بصفة والاشارة لتعريف الذات يعني مجردا عن بيان الصفة والابلغ في التعريف اقوى * وان كان مما يكونان جنسا واحدا فالعقد يتعلق بالمشار اليه وينعقد بوجوده لان العبرة اذ ذاك للاشارة لا التسمية لان

لان ما سمي وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيًّا بالمشار اليه وقد ذكرنا تمام ذلك في كتاب النكاح في تعليل محمد رح فاذا باع كبشا فاذا هو نعجة انعقد البيع لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فاذا اخرج عن كونه معرفا جعل للترغيب حذرا عن الالغاء فصار كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب فهو بالخيار وقد يشير كلام المصنف رح الى ثبوت خيار المشتري عند فوات الوصف من غير تقييد بكونه انقص لان الظاهر ان صفة الخبز لا تربو على الكتابة وقد ذكر صاحب المحيط والعتابي كذلك * وقال فخر الاسلام واخوه صدر الاسلام والصدر الشهيد رحمهم الله ان الموجود ان كان انقص من المشروط الفائت كان له الخيار وان كان زائدا فهو للمشتري ونص الكرخي على ذلك في مختصره ولكل منهما وجه * وقيل اما الاول فلان المشتري قد يكون محتاجا الى خباز فبالزام الكاتب يتضرر فلا يتم منه الرضاء * واما الثاني فلما تقدم ان المشتري اذا وجد الثوب المسمى عشرة تسعة خيّر وان وجد احد عشر فهو له بلا خيار **قوله** ومن اشترى جارية بالف درهم من اشترى شيئا بالف درهم حالة او نسيئة فقبضه ثم باعه من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع الثاني فاسد خلافا للشافعي رح هو يقول الملك قد تم فيه بالقبض والتصرف فيه جائز مع غير البائع فكذا معه وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة على الثمن الاول او بالعرض وقيمته اقل من الالف * وحاصل ذلك ان شراء ما باع لا يخلو من اوجه * اما ان يكون من المشتري بلا واسطة او بواسطة شخص آخر * والثاني جائز بالاتفاق مطلقا اعني سواء اشترى بالثمن الاول او بانقص او باكثر او بالعرض * والاول اما ان يكون بالاقل او بغيره والثاني باقسامه جائز بالاتفاق والاول هو المختلف فيه فالشافعي رح جوّزه قياسا على الاقسام الباقية وبما اذا باع من غير البائع فانه جائز ايضا بالاتفاق * ونحن لم نجوزه بالاثر والمعقول * اما الاول فما قال محمد رح حدثنا ابو حنيفة رح يرفعه الى عائشة رضي الله عنها ان امرأة سألتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء ثم بعتها

منه بستمائة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بئسما شريت وبئسما اشتريت

ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم

ان لم يتب فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى

فَلَهُ مَا سَلَفَ * ووجه الاستدلال انها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد

مع رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم واجزية الافعال لا تعلم بالرأي فكان

مسموعا من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم والعقد الصحيح لا يجازى بذلك

فكان فاسدا * وان زيدا اعتذر اليها وهو دليل على كونه مسموعا لان في المجتهدات كان

بعضهم يخالف بعضا وما كان احدهما يعتذر الى صاحبه وفيه بحث لجواز ان يقال الحاق

الوعيد لكون البيع الى العطاء وهو اجل مجهول والجواب انه ثبت من مذهبها جواز البيع

الى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه فلا يكون لذلك ولانها كرهت العقد الثاني حيث

قالت بئسما شريت مع عرائه عن هذا المعنى فلا يكون لذلك بل لانهما تطرقا به الى الثاني

فان قيل القبض غير مذكور في الحديث فيمكن ان يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل قبضه

اجيب بان تلاوتها آية الربوا دليل على انه للربوا لا لعدم القبض فان قيل الوعيد قد لا يستلزم

الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانه جائز مع وجود الوعيد اجيب بان الوعيد

ليس للبيع ثمه بل لنفس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا * واما الثاني

فهو ما قال الثمن لم يدخل في ضمان البائع لعدم القبض فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة

بين الثمنين بقي له فضل خمسمائة بلا عوض وهو ربوا فلا يجوز * بخلاف ما اذا باعه من غيره

لان الربح لا يحصل للبائع * وبخلاف ما اذا اشتراه البائع بواسطة مشتر آخر لانه لم يعد اليه

المستفاد من جهته لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان * وبخلاف ما اذا اشترى

بالثمن الاول لعدم الربوا * وبخلاف ما اذا اشترى باكثر فان الربح هناك يحصل

للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه وبخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر

يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البائع باقل من الثمن الاول لان النقصان جعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري * وبخلاف ما اذا اشترى بدنانير قيمتها اقل من الثمن الاول قياسا وهو قول زفر رح لان ربوا الفضل لا يتحقق بين الدراهم والدنانير وفي الاستحسان لا يجوز لانهما من حيث الثمنية كالشيء الواحد فيثبت فيه شبهة الربوا **قوله** ومن اشترى جارية بخمسمائة هذه من فروع المسئلة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع * وبيانه ما قال لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وقد تقدم فساده ونوقض بما اذا باعهما بالف وخمسمائة فان البيع فاسد ذكرها العلامة في الاتقان وشمس الائمة وفخر الاسلام في جامعهما ولو كان الفساد في المسئلة الموضوعة في الكتاب بما ذكرتم لما فسد البيع لان عند القسمة نصيب كل واحد منهما اكثر من خمسمائة فلا يجري فيه الاصل المذكور * واجيب بان الفساد لتعدد جهات الجواز * وبيانه انا لو جعلنا بازاء ما باعها الفا جاز وان جعلنا الفا وحبة جاز وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز * وفيه نظر لان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز يشبه الفساد في الوضع فلا تكون صحيحة على انه معارض بان تجعل الجارية التي لم يشترها منه في مقابلة مائة و مائتين و ثلثمائة او اقل او اكثر فتعدد جهة الجواز وليس البعض اولى وبان كل جهة تصلح ان تكون علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ترجيح بكثرة الادلة وهو لا يجوز على ما عرف * والاولى ان يقال جهات الجواز تقتضيه وجهة الفساد تقتضيه والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم * ولا يسري الفساد منها الى غير المشتراة لان الفساد ضعيف فيها الامور * اما لانه مجتهد فيه لخلاف الشافعي رح المتقدم وفيه نظر اما اولا فلان كونه مجتهدا فيه ان كان لخلاف الشافعي رح فلا يكاد يصح لان خلاف الشافعي رح كان بعد وضع المسئلة

فكيف توضع المسئلة بناءً على شيء لم يقع بعد * ولان ابا حنيفة رح ابطل اسلام القوهي
في القوهية والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي
جاز عند الشافعي رح ومع ذلك تعدى فساد ذلك الى المقرون به وهو اسلام القوهي
في المروي واما لان الفساد في المشتراة باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها في التي ضمت
اليها كان ذلك اعتباراً الشبهة الشبهة وهي غير معتبرة * وبيان ان في المشتراة شبهة الربوا
ان في المسئلة الاولى انما لم يصح شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لشبهة الربوا
لان الالف وان وجب للبائع بالعقد الاول لكنها على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها
عيبا فيردها فيسقط الثمن عن المشتري وبالبيع الثاني يقع الامن عنه فيصير البائع بالعقد
الثاني مشتريا الفا بخمسمائة من هذا الوجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربوا
واما لان الفساد طارئ لوجهين * احدهما انه قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة
اذ لم يشترط فيها ان يكون فيه بازاء ما باعه اقل من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن
على قيمتهما فصار البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع ولا شك
في كونه طارئا فلا يتعدى الى الاخرى * ولا يشكل بما اذا جمع بين عبد ومدبر وباعهما
صفقة واحدة فان المفسد مقارن لان قبول كل منهما شرط لصحة العقد في الآخر والبيع جائز
في العبد * لان شمس الائمة قال البيع في المدبر غير فاسد ولهذا لو اجاز القاضي بيعه جاز
ولكنه غير نافذ في حق المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلهذا لا يتعدى الى الآخر * والثاني
المقاصة فانه لما باعها بالف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة
مثلها بقي للبائع خمسمائة اخرى مع الجارية والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع
بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طروئه فلا يسري الى غيرها **قوله** ومن اشترى
زيتا على ان يزنه بظرفه اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين
رطلا فهو فاسد لانه شرط ما لا يقتضيه العقد فان مقتضاه ان يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد

ومعنى ان يكون وزنه اقل من ذلك او اكثر فشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه وان اشترى على ان يزنه ويطرح عنه بوزن الظرف جاز لكونه موافقا لمقتضاه **قوله** ومن اشترى سمنا في زق ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف فوزن فجاء عشرة ارطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لان هذا الاختلاف اما ان يعتبر في تعيين الزق المقبوض او في مقدار الثمن * فان كان الاول فالمشتري قابض والقول قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع * وان كان الثاني فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه * فان قيل الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه العدول الى الحلف * اجيب بانه يوجبه اذا كان قصدا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق * والفقه فيه ان الاختلاف الابتدائي في الثمن انما يوجب التحالف ضرورة ان كلا واحد منهما مدع عقدا آخر واما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه **قوله** واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وحكم التوكيل في الخنزير وتوكيل المحرم حلالا ببيع صيده على هذا الخلاف وقالا الموكل لا يلي هذا التصرف فلا يولي غيره كتوكيل المسلم مجوسيا بتزويج مجوسية * ولان ما ثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه ولو باشره بنفسه لم يجز فكذا التوكيل به * وقال ابو حنيفة رح المعتبر في هذا الباب اهليتان اهلية الوكيل واهلية الموكل * فالاولى اهلية العاقد وهي اهلية التصرف في الماموربه وللنصراني ذلك * والثانية اهلية ثبوت الحكم له وللموكل ذلك حكما للعقد لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير لا يقال الوراثة امر جبري والتوكيل اختياري فانى يتشابهان لان ثبوت الحكم اعني الملك للموكل بعد تحقق العلة اعني مباشرة الوكيل جبري كذلك يثبت بدون اختياره كما في الموت *

الا يرى ان المأذون له النصراني اذا اشترى خمرا يثبت الملك فيها لمولاه المسلم بالاتفاق واذا ثبت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام لانه جالب لا سالب ثم الموكل به ان كان خمرا خللها وان كان خنزيرا سيبه لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة اشد كراهة * وقولهما الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بالوكيل بشراء عبد بعينه اذا وكل آخر بشرائه فانه يثبت الملك للوكيل الاول وهو بنفسه لا يلي الشراء لنفسه * وبالقاضي اذا امر ذميا ببيع خمر او خنزير خلّفه ذمي آخر وهو لا يلي التصرف بنفسه * وبالذمي اذا اوصى الى مسلم وقد تركهما فان الوصي يوكل ذميا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه * والقياس على تزويج المجوسي مدفوع بان حقوق العقد فى النكاح ترجع الى الموكل والوكيل سفير لا غير **قوله** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري شرع في بيان الفساد الواقع فى العقد بسبب الشرط وذكر اصلاً جامعاً لفروع اصحابنا * وتقريره ان الشرط ينقسم اولا الى ما يقتضيه العقد وهو الذي يفيد ما يثبت بمطلق العقد كشرط الملك للمشتري وشرط تسليم الثمن او المبيع والى ما لا يقتضيه وهو ما كان بخلاف ذلك * وهذا ينقسم الى ما كان متعارفا والى ما ليس كذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة لاحد المتعاقدين والى ما ليس فيه ذلك وهذا ينقسم الى ما فيه منفعة للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق والى ما هو بخلافه * ففي القسم الاول جاز البيع والشرط يزيد وكادة لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط وهو باطلاقه يقتضي عدم جوازه لانه فى الحقيقة ليس بشرط حيث افاد ما افاده العقد المطلق * وفى الاول من القسم الثاني وهو ما كان متعارفا كبيع النعل مع شرط التشريك كذلك لان الثابت بالعرف قاض على القياس لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه لانه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث فلم يبق من الموانع الا القياس على

على مالا عرف فيه بجامع كونه شرطا والعرف قاض عليه * وفيما اذا لم يكن متعارفا وفيه
منفعة لاحد العاقدين كبيع عبد بشرط استخدام البائع مدة يكون العقد فاسدا لوجهين
لان فيه زيادة عارية عن العوض لانهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط
عن العوض وهو ربوا لا يقال لا يطلق الزيادة الا على المجانس للمزيد عليه والمشروط
منفعة فكيف يكون ربوا لانه مال جاز اخذ العوض عليه ولم يعوض عنه شيء في العقد
فكان ربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده من قطع النزاع لما عرف
في بيان اسباب الشرائع * وفيما اذا كان فيه منفعة للمعقود عليه كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع فان العبد يعجبه ان لا تتداوله الايدي وتمام العقد بالمعقود عليه حتى لو زعم
انه حر كان البيع باطلا فاشتراط منفعته كاشتراط منفعة احد المتعاقدين فهو فاسد بالوجهين
وفيما اذا لم تكن فيه منفعة لاحد فالبيع صحيح والشرط باطل كشرط ان لا يبيع الدابة
المبيعة لانه لا مطالب له بهذا الشرط فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة فكان الشرط
لغوا وهو ظاهر المذهب وفي رواية عن ابي يوسف رح انه يبطل البيع به نص عليه في
آخر المزارعة لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه
والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد العاقدين والجواب ان العبرة
بالمطالبة وهي تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر * واذا ثبت هذا ظهر ان بيع العبد
بشرط ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها المشتري فاسد لانها
شروط لا يقتضيها العقد وفيها منفعة للمعقود عليه لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير
لا الالزام حتما والشروط تقتضي الالزام حتما والمنافاة بينهما ظاهرة وليس احدهما
من العقد والشرط اولى بالعمل من الآخر فعملنا بهما وقلنا انه فاسد والفاسد ما يكون
مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فبالنظر الى وجود ركن العقد كان مشروعا وبالنظر
الى عروض الشرط كان غير مشروع فكان فاسدا * ولا خلاف في هذه الجملة بيننا

وبين الشافعي رح الا في البيع بشرط العتق في قول فانه يجوّزه ويقيسه على بيع العبد نسمة وفسره في المبسوط بالبيع بشرط العتق وفسره المصنف رح بان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فان كان تفسيره عند الشافعي رح ماذكره المصنف رح صح قوله يقيسه لانهما غيران فيصح قياس احدهما على الآخر ان ظهر جامع * وان كان تفسيره عنده ماذكر في المبسوط فلا بد ان يفسر قول المصنف رح يقيسه بيلحقه بدلالة النص لئلا يلزم قياس الشيء على نفسه * وبيان الحاقه بالدلالة ان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير يثبت بحديث بريرة اذا جاءت الى عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبة قالت ان شئت عددتها لاهلك واعتقتك فرضيتْ بذلك فاشترتها واعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد اجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم وغيرها في معناها في هذا الشرط فالحق به دلالة وانما عبر المصنف عن الدلالة بالقياس لانها عند الشافعي رح قياس جلي لما عرف في الاصول والحجة عليه ماذكرناه من الحديث والمعقول فالحديث نهي النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع وشرط رواه ابو حنيفة رح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم والمعقول ماذكرناه من وقوع المنازعة بسبب ذلك الشرط وكونه مخالفا لمقتضى العقد * والجواب عن حديث بريرة ان تفسير النسمة ماذكرناه وليس فيه اشتراط العتق في العقد وعائشة رضي الله عنها اشترت بريرة مطلقا ووعدت لها ان تعتقها لترضى بذلك فان بيع المكاتبة لا يجوز بدون رضاها * النسمة من نسيم الريح وسميت بها النفس وانتصاب قوله نسمة على الحال على معنى معرضا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق خصوصا في قوله عليه السلام فكّ الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو يعرض العتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الافعال كذا في المغرب

فان وفى بالشرط واعتق بعد ما اشتراه صح البيع ويجب الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا

وقالا يبقى فاسدا كما كان فوجبت عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلاينقلب جائزا
كما اذا تلف بوجه آخر كالقتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة
وقد وفى المشتري بما شرطا ولم يف فانه مضمون بالقيمة اعتبارا لحقيقة الحرية بحق الحرية
ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لايلائم العقد على ما ذكرناه من تقييد
التصرف به المغائر للاطلاق ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والمنهي للشيء
مقرر له الا يرى ان العتق لايمنع الرجوع بقصان العيب فبالنظر الى الجهتين توقفت
الحال بين بقائه فاسدا كما كان وبين ان ينقلب جائزا بوجود الشرط فاذا وجد فقد
تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز عملا بالدليلين * وتامل حق التامل تخلص من ورطة
شبهة لا تكاد تنحل وهي ان هذا الشرط في نفسه اما ان يكون فاسدا اولا * فان كان الاول
فتحققه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد الوضع * وانكان الثاني كان العقد به في الابتداء جائزا
وذلك لانه فاسد من حيث الذات والصورة لعدم الملائمة جائز من حيث الحكم فقلنا
بالفساد في الابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء عملا بالحكم والمعنى ولم نعكس
لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا او وجدنا فاسدا ينقلب جائزا كالبيع بالرقم بخلاف ما اذا اتلفه
بوجه آخر فانه لا ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه فنقرر الفساد وبخلاف التدبير
والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها بيقين لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر
وام الولد والمكاتب مخيرٌ في الاجازة والانهاء انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال
من ملك المشتري الى ملك غيره كما في الاعتاق والموت **قوله** وكذلك اذا باع عبدا
على ان يستخدمه البائع شهرا البيع بهذه الشروط فاسد لانها شروط لا يقتضيها العقد وفيه
منفعة لاحد العاقدين ولم يستدل بالحديث لان المراد به هذا المذكور وانما قال على
ان يقرضه المشتري احترازا عما اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الاجنبي
الف درهم فقبله المشتري صح البيع لانها لم يلزم الاجنبي ولاضمان على المشتري لانها

بست في ذمته فيتحملها الكفيل ولا زيادة في الثمن لانه لم يقل علي اني ضامن بخلاف
شتراط الاقراض على المشتري لان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع
سلف وايضا اشتراط الخدمة والسكنى يستلزم صفقتين في صفقة كما ذكره في المتن
قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين
اطل لافضائه الى تحصيل الحاصل فانه شرع ترفيها في تحصيله باتساع المدة فاذا كان المبيع
والثمن حاصلا كان الاجل لتحصيل الحاصل وانما قيد بالعين احترازا عن السلم فان ترك
اجل فيه مفسد للحاجة الى التحصيل **قوله** ومن اشترى جارية الا حملها ذكر في هذا الموضع
لعقد المستثنى منه وهو ثلثة اقسام * الاول ما فسد فيه العقد والاستثناء * والثاني ما صح
فيه العقد وبطل الاستثناء * والثالث ما صح فيه كلاهما * اما الاول فكالبيع والاجارة والكتابة
والرهن فاذا باع جارية الا حملها او آجر داره على جارية الا حملها او رهن جاريته
الا حملها او كاتب عبده على جارية الا حملها فسد العقد لانها عقود تبطل بالشروط الفاسدة
لان غير البيع في معناه من حيث انها معاوضة والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لما تقدم فكذا
ما في معناه * والاستثناء يصير شرطا فاسدا فيها فيفسدها وذلك لما ذكره من الاصل فيه
ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وقد تقدم
في اول البيوع وهذا لان الحمل بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به ينتقل بانتقاله ويتقرر
بقراره وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب لدلالته على ان المستثنى
مقصود ودلالة العقد على ان الحمل تابع فيصير ذكره شرطا فاسدا **قوله** غير ان المفسد في الكتابة
استثناء من قوله لانها تبطل بالشروط الفاسدة ومعناه ان الشرط الفاسد في الكتابة انما يكون
مفسدا لها اذا كان متمكنا في صلب العقد منها كالكتابة على الخمر والخنزير او على قيمته
حيث دخل في البدل * واما اذا لم يكن في صلبه كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج
من الكوفة فله ان يخرج والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع انتهاء لانه مال في حق المولى ولا

ولا يصح الا ببدل معلوم ويحتمل الفسخ ابتداء ويشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح فيما لم يتمكن فيه * واما الثاني فكالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الفساد باعتبار افضائه الى الربوا وذلك لا يتحقق الا في المعاوضات وهذه تبرعات واسقاطات والهبة وان كانت من قبيل التمليكات لكنا عرفنا بالنص ان الشرط الفاسد لا يفسدها فانه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرطه للمعمر حتى يصير لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر اذا شرط عوده فيصح العقد ويبطل الاستثناء واما الثالث فكالوصية اذا اوصى بجارية لرجل واستثنى حملها فانه يصح والجارية وصية والحمل ميراث اما عدم بطلان الوصية فلانها ليست من المعاوضات حتى تبطل بالشرط الفاسد واما صحة الاستثناء فلما ذكر ان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن لانه عين بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيه لانها ليست بعين وذكر ضمير الخدمة على تاويل المذكور واعترض على قوله الاصل فيه ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد بانه يلزم من ذلك ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما يصح افراده بالعقد فانه لو قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان صح العقد فوجب ان يصح استثناؤها واجيب بان هذا العكس غير لازم ولئن سلم فلا نسلم ان الوصية عقد الا يرى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي ويدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بدون القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يتنا ولها لفظ العقد مطلقا ولقائل ان يقول اعتبرتم الوصية عقدا وعكستم الاصل المذكور في الوصية بالجارية واستثناء الحمل حيث جعلتم الاستثناء في الحمل صحيحا لصحة افراده بالعقد ولم تعتبروا ذلك في الوصية بالجارية واستثناء الخدمة مع صحة افراد العقد فما الفرق بينهما والجواب انا ما منعنا العكس وجوبا

وانما منعنا لزومه والفرق بينهما ان تصحيح الاستثناء يقتضي بقاء المستثنى لوارث الموصي فما صلح ان يكون موروثا كالحمل صححناه وما لم يصلح كالخدمة منعناه **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع قد تقدم وجه ذلك فلا نعيده قال ههنا صفقة في صفقة وفيما تقدم صفقتين في صفقة لكن يلزم فيهما صفقة في صفقة فكانهما سواء يشير اليه قوله على ما مر وقيل قال هناك صفقتين لان فيه احتمال الاجارة والعارية وههنا صفقة اذ ليس فيه احتمال العارية **قوله** ومن اشترى نعلا حذا النعل بالمثال قطعها به فهو تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه اذ الصرم هو الذي يقطع بالمثال وشرك النعل وضع عليها الشراك وهو سيرها الذي على ظهر القدم فمن اشترى صرما وشرط ان يحذوه او نعلا على ان يشركه البائع فالبيع فاسد في القياس ووجهه ما بينا انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وفي الاستحسان يجوز للتعامل والتعامل قاض على القياس لكونه اجماعا فعليا كصبغ الثوب فان القياس لا يجوز استيجار الصباغ لصبغ الثوب لان الاجارة عقد على المنافع لا الاعيان وفيه عقد على العين وهو الصبغ لا الصَبغ وحده ولكن جوز للتعامل جواز الاستصناع والبيع الى النيروز معرب نوروز اول يوم من الربيع والمهرجان معرب مهركان يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود ومعناه تاجيل الثمن الى هذه الايام فاسد اذا لم يعرف المتبائعان مقدار ذلك الزمان لجهالة الاجل المفضية الى النزاع لابتناء المبايعة على المماكسة اي المجادلة في النقصان والمماكسة موجودة في المبايعة الى هذا الاجل فيكون الجهالة فيه مفضية الى النزاع ومثلها يفسد البيع وان كانا يعرفان ذلك لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة وهي خمسون يوما فلا جهالة **قوله** ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزروع والدياس ان يوطأ المحصود بقوائم الدواب من الدوس وهو شدة وطيء

وطئ الشيء بالقدم والقطاف بكسر القاف قطع العنب من الكرم والفتح لغة فيه والجزاز قطع الصوف والنخل والزرع والشعر والبيع الى وقت قدوم الحاج والى هذه الاوقات غيرجائز للجهالة المفضية الى النزاع بتقدم هذه الاوقات وتاخرها والكفالة الى هذه الاوقات جائزة لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الايرى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي وصفه اولى لكون الاصل اقوى من الوصف وهذه الجهالة يسيرة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها فان عائشة رضي الله عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وان احتمل التقدم والتاخر لكونها يسيرة وابن عباس رض منعه ونحن اخذنا بقوله وهذا قد يشير الى ان الجهالة اليسيرة ما كانت في التقدم والتاخر والفاحشة ما كانت في الوجود كهبوب الريح مثلا والبيع لما لم يكن محتملا للجهالة في اصل الثمن لم يكن محتملا لها في وصفه ورد بانه لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن عدم تحمل وصفه لان الاصل اقوى اذ هو يوجد بدون الوصف الخاص دون عكسه واجيب بان المانع من تحمل اصل الثمن الجهالة هو افضاؤها الى النزاع وهو موجود في جهالة الوصف فيمنعه واذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات صح لكونه تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة لعدم ابتنائه على المماكسة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يفسد بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال اعني النيروز والمهرجان الى آخر ما ذكرنا من القطاف والجزاز ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل تحقق هذه الاوقات انقلب البيع جائزا خلافا لزفر رح هو يقول العقد فاسد فلا ينقلب جائزا كاسقاط الاجل في النكاح يعني على اصلكم واما على قول زفر رح فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل كما تقدم في النكاح وهذا استدلال من جانب زفر رح بما لم يقل به وهو ليس على ما ينبغي وقد قررناه في التقرير وقلنا الفساد للمنازعة والمنازعة انما تتحقق عند حلول الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الجهالة تقررت في ابتداء العقد

فلا يفيد سقوطها كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد اجاب بان هذه
الجهالة في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكرت لان الفساد
فيه في صلب العقد واعترض بانه اذا نكح بغير شهود ثم اشهدا بعد النكاح فانه لا ينقلب جائزا
وليس الفساد في صلب العقد واذا باع الى ان يهب الريح ثم اسقط الاجل لا ينقلب جائزا
واجيب عن الاول بان الفساد فيه لعدم الشرط فهو قوي كما لو كان في صلب العقد الا يرى
ان من صلى بغير طهارة ثم تطهر لم تنقلب صلوته جائزة وعن الثاني بان هبوب الريح
ليس باجل لان الاجل ما يكون منتظرا والهبوب قد يكون متصلا بكلامه وقوله بخلاف النكاح
جواب عن قياس زفر رح على النكاح وتقريره انا قد قلنا ان العقد الفاسد قد ينقلب جائزا
قبل تقرر المفسد ولم نقل ان عقدا ينقلب الى عقد آخر والنكاح الى اجل متعة وهي عقد
غير عقد النكاح فلا ينقلب نكاحا وقوله في الكتاب اي القدوري ثم تراضيا خرج وفاقا
لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه **قوله** ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية
وميتة اذا جمع في البيع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما مطلقا سواء فصل
الثمن اولم يفصل عند ابي حنيفة رح وقال ابويوسف ومحمد رح ان سمى لكل واحد ثمنا
مثل ان يقول اشتريتهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة جاز العقد في العبد والذكية وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح العقد في العبد بحصته من الثمن عندهم خلافا
لزفر رح فيهما اي في العبد والمدبر وفي الجمعين جميعا ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب
وام الولد كالمدبر فان قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه
مع الذكي كبيع القن مع المدبر اجيب بانه ليس بمجتهد فيه بل خطاء بين لمخالفته الدليل
الظاهر وهو قوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ حتى ان القاضي اذا قضى بحله
لم ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين حر وعبد في البيع * لزفر رح الاعتبار بالفصل الاول
يعني الجمع بين الحر والعبد بجامع انتفاء المحلية في حق الجميع ولابي يوسف ومحمد رح

[illegible] المسمى لكل ثمنا ان الفساد بقدر المفسد اذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد [illegible] كونه

ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية و[illegible]

في عقد النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لان ثمن العبد مجهول ولابي حنيفة رح

وهو الفرق بين فصل الحر والمدبر مع القن ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال

والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الآخر

واذا كان كذلك فكان قبول العقد فيما لا يصح فيه العقد شرطا لصحة العقد فيما يصح فيه

فكان شرطا فاسدا وفيه بحث * اما اولا فلانه اذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة

ولا يكون قبول العقد في الحر شرطا للبيع في العبد * واما ثانيا فلان الشرط الفاسد هو ما يكون

فيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد

في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه فلا يكون شرطا فاسدا * واما ثالثا فلان قبول العقد

في الحر انما يكون شرطا لقبول العقد في العبد اذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع

بقبول العقد في احدهما دون الآخر ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر

واجيب عن الاول بان الصفقة متحدة في مثله اذا لم يتكرر البيع والشرى وقد تقدم

في اول البيوع * وعن الثاني بان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما

بالف والحر ليس بمال يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم

الي خمسمائة اخرى فينتفع بفضل خال عن العوض في البيع وهو الربوا * وعن الثالث

بان الايجاب اذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعا فلا يكون مما نحن فيه * واذا ظهر

هذا ظهر الفرق بين الفصلين وتم جواب زفر رح عن التسوية بينهما وقوله بخلاف النكاح جواب

عن قياسهما على النكاح بان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع وقوله اما البيع في هؤلاء

متصل بقوله ان الحر لا يدخل تحت العقد واراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وام الولد

و[illegible] دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق والتقوم وهما موجودان

وقوله ولهذا ينفذ يجوز ان يكون توضيحا لقوله موقوف فان البيع في عبد الغير موقوف علي اجازته وفي المكاتب علي رضاه في اصح الروايتين وفي المدبر علي قضاء القاضي وكذا اذا قضى القاضي بجواز بيع ام الولد نفذ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح بناء علي ان الاجماع اللاحق يرفع الاختلاف السابق عنده فيكون القضاء علي خلاف الاجماع فلا ينفذ وعندهما لا يرفع فيكون القضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ وقد عرف ذلك في اصول الفقه فان قيل كيف يصح قوله موقوف وقد قال في اول الباب وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب انه باطل اذا لم يجز المكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع ام الولد والمدبر يدل علي ذلك تمام كلامه هناك * ويجوز ان يكون توضيحا لقيام المالية فان الاجازة وقضاء القاضي لا ينفذ في غير محله واذا نفذ ههنا عرفنا المحلية فيهما ولا محل للبيع الا بقيام المالية فعرفنا انهم دخلوا في العقد فكان الواجب ان لا يكون العقد فيهم فاسدا الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع وهذا اي الرد بالاستحقاق لا يكون الا في البقاء فكان كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض بقي العقد في الباقي بحصته من الثمن بقاء فلم يمنعه من الصحة وهذا اي الجمع بين القن واحد المذكورين لا يكون شرطا للقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء بعد ما ثبت دخولهم في البيع ولهذا لا يشترط حالة العقد بيان ثمن كل واحد من العبد والمدبر ونحوه اي فيما اذا جمع بين القن والمدبر

* فصــــــــــل في احكامه *

واذا قبض المشتري المبيع لما كان حكم الشيء لكونه اثرا ثابتا بعقبه ذكر احكام البيع الفاسد عقيبه * والبيع في الاصل ينقسم علي اربعة اقسام الي صحيح وفاسد وباطل وموقوف * وعند الشافعي رح الي صحيح وباطل لا غير * واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع برضاه وفي العقد عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ذكر

ذكر القبض لترتب الاحكام عليه وذكر البيع الفاسد لان الباطل لا يفيد شيئا ... به القبض * وامر البائع يعني به الاذن في القبض اعم من كونه صريحا او دلالة والمعني بدلالة الاذن هو ان يقبضه عقيب العقد بحضرة البائع فان لم يكن بحضرة البائع لم يملكه بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقا * وقيد ان يكون في العقد عوضان مالان لفائدة سنذكرها وقوله ملك المبيع هو قول عامة المشائخ رحمهم الله سوى اهل العراق فانهم يقولون المبيع في البيع الفاسد مملوك التصرف لا مملوك العين وقد تقدم الكلام فيه وقال الشافعي رح القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك لانه محظور والمحظور لا تنال به نعمة الملك لان المناسبة بين الاسباب والمسببات لا بد منها ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين النهي والمشروعية اذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة والمنسوخ المشروعية لا يفيد حكما شرعيا ولهذا لا يفيده قبل القبض فصار كما اذا باع الخمر بالدراهم او بالميتة وقبضها المشتري فانه لا يفيد الملك ولنا ان البيع الفاسد مشروع باصله لان ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب بالرضى صدر من اهله اذ الكلام في ان لا خلل في العاقدين مضافا الى محله كذلك وكل بيع كان كذلك يفيد الملك فهذا البيع يفيده لا يقال قد يكون النهي مانعا عن ذلك لان النهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ليكون النهي عما يتكون ليكون العبد مبتلى بين ان يترك باختياره فيثاب وبين ان يأتي به فيعاقب عليه ونفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك لكن لا بد فيه من قبح مقتضى النهي فجعلناه في وصفه مجاورا كما في البيع وقت النداء عملا بالوجهين وقد قررنا هذا في التقرير على وجه اتم واعترض بان المحظور في البيع وقت النداء مجاور واما في المتنازع فيه فهو من قبيل ما اتصل به وصفا فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحا وايضا الحكم هناك الكراهة وفي المتنازع فيه الفساد واجيب بان غرض المصنف من ذكر المجاورة بيان ان المحظور ليس لمعنى في عين المنهي عنه كما زعمه الخصم * والمجاور جمعا والمتصال

وصفاسيان في ذلك * وبان غرضه ان حكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان طالع التقرير تطلع على ذلك **قوله** وانما لا يثبت قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد جواب عن قوله ولهذا لا يفيده قبل القبض وتقرير ذلك انه لو ثبت الملك قبل القبض لوجب تسليم الثمن ووجب على البائع تسليم المبيع لانهما من مواجب العقد فيتقرر الفساد وهو لا يجوز لانه واجب الرفع بالاسترداد وكل ما هو واجب الرفع بالاسترداد لا يجوز تقريره واذا كان واجب الرفع بالاسترداد يعني اذا كان المبيع مقبوضا فلأن يكون واجب الرفع بالامتناع عن مطالبة احد المتعاقدين اولى لكونه اسهل لسلامته عن المطالبة والاحضار والتسليم والتسلم ثم الرفع بالاسترداد وعورض بانه لو لم يفد الملك قبل القبض لم يفده بعده لان كل ما يمنع عن ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعده كخيار الشرط وبانه لو افاد بعد القبض كان تقريرا للفساد والجواب عن الاول انه ممنوع والالزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره وهو محال وخيار الشرط انما يستوي فيه القبض وعدمه لان ثبوت الملك فيه معلق بسقوط الخيار معنى لانه يقول على اني بالخيار والمعلق بالشرط معدوم قبل وجوده وتعلقه بالشرط لم يختلف بين وجود القبض وعدمه فلم يلزم ان يكون الشيء مع غيره كالشيء لا مع غيره لان الشرط اهدر الغير اعني القبض وعن الثاني ان تقرير الفساد بعد القبض يثبت في ضمن الضمان فان القبض يوجب الضمان فان لم ينتقل الملك من المضمون له الى الضامن لاجتمع البدلان في ملك شخص واحد وهو لا يجوز والضمنيات لا معتبر بها **قوله** ولان السبب دليل آخر على افادة البيع الفاسد الملك بعد القبض * ووجهه ان السبب يعني البيع الفاسد قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم لان للقبض شبها بالايجاب فصار كان ايجاب البيع الفاسد ازداد قوة في نفسه فهو كالهبة في احتياجه الي ما يعضد العقد من القبض وقوله

والميتة ليست بمال جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة * تقريره
ان الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه ولو كان الخمر مثمنا
وهو ما اذا اشترى الخمر بالدراهم فقد خرجناه يعني في اوائل البيع الفاسد واراد به ما قاله
واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ولا يلزم
من بطلان البيع فيما اذا كان الخمر مثمنا بطلان البيع في المتنازع فيه وشيء آخر اي دليل
آخر سوى ما ذكرنا هناك وهو ان العقد الواقع على الخمر يوجب القيمة لا عين الخمر
لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها فلو قلنا بانعقاد البيع في الصورة المذكورة
لجعلنا القيمة مثمنا لان كل عين يقابله الدراهم او الدنانير في البيع فهو مثمن لتعين الدراهم
والدنانير للثمنية خلقة وشرعا ولا عهد لنا بذلك في صورة من صور البياعات فالقول به
تغثير للمشروع فحكمنا ببطلانه وقوله ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اشارة الى صحة
الاذن بالدلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه فانه يصح
استحسانا وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره صاحب الايضاح وسماه الرواية المشهورة
فقال وما قبضه بغير اذن البائع في البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه الرواية هي المشهورة
ووجه الصحيح ان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به وعلى هذا القبض في الهبة في مجلس العقد
يصح استحسانا وعلى رواية صاحب الايضاح يحتاج الى الفرق بين الهبة والبيع الفاسد *
وذلك بان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان التسليط لو ثبت انما يثبت
بمقتضاه شرعا والفاسد يجب اعدامه فلم يثبت المقتضى وهو التسليط على القبض *
بخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا ما دام في المجلس لان التصرف
وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه وانما يتوقف على المجلس لان القبض ركن
في باب الهبة وانه ينزل منزلة القبول في حق الحكم فكما ان القبول يتوقف على المجلس

فكذا التسليط على القبض يتوقف عليه وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج على هذا الاشتراط البيع بالميتة والدم والحر والريح التي تهب والبيع مع نفي الثمن ويجعل الكل باطلا لعدم المالية في هذه الاشياء سواء كانت ثمنا او مبيعا لكن ذكر جهة الاثمان ليعلم انها اذا كانت مبيعة كان البيع اولى بالبطلان وقوله اي قول القدوري لزمته قيمته معناه اذا كان المبيع من ذوات القيم كالحيوان والعدديات المتفاوتة واما في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فيجب المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم في الغصب كذلك بناء على ان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فلا يعدل عنه الا اذا تعذر **قوله** ولكل واحد من المتعاقدين اي كل واحد من متعاقدي البيع الفاسد له فسخ البيع رفعا للفساد سواء كان قبل القبض او بعده اما اذا كان قبل القبض فلما تقدم انه لم يفد الحكم فكان الفسخ امتناعا من ان يفيد الحكم واما اذا كان بعده فلا يخلو اما ان يكون الفساد في صلب العقد اي لمعنى في احد البدلين كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر او بشرط زائد كاشتراط ما ينتفع به احد العاقدين والبيع الى النيروز والمهرجان ونحو ذلك فان كان الاول كان لكل واحد منهما فسخه بحضرة صاحبه عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله لقوة الفساد * وعند ابي يوسف رح بحضرته وغيبته * وان كان الثاني فلكل منهما ذلك اذا كان قبل القبض واما اذا كان بعده فللذي له الشرط ان يفسخه بحضرة صاحبه اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزد ولم ينقص * واما اذا لم يكن كذلك ففيه تفصيل فليطلب في شرح الطحاوي وقيل المذكور في الكتاب قول محمد رح ووجهه ما ذكر ان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن الرضاء لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه واما على قول ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد

العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كلواحد من المتعاقدين من فسخه كذا في الذخيرة
والايضاح والكافي **قوله** فان باع المشتري المقبوض بالشراء الفاسد نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض وكل من ملك بالقبض شيئا يملك التصرف فيه سواء كان تصرفا لا يحتمل
النقض كالاعتاق والتدبير او يحتمله كالبيع والهبة ورد بان المبيع لو كان مأكولا لم يحل
اكله ولو كانت جارية لم يحل وطئها ذكره الطحاوي فلم يملك التصرف مطلقا واجيب
بالمنع فان محمدا رح نص في كتاب الاستحسان على حل تناوله قال لان البائع
سلّطه على ذلك * وذكر شمس الائمة الحلوائي يكره الوطئ ولا يحرم فالمذكور في شرح
الطحاوي يحمل على عدم الطيب ولئن سلّم فالوطئ مما لا يستباح بصريح التسليط
فبدلالته اولى * وجواز التصرف باعتبار اصل الملك وهو ينفك عن صفة الحل *
فانكان البيع نافذ اسقط حق استرداد البائع لتعلق حق العبد وهو المشتري الثاني
بالبيع الثاني ونقض البيع الاول لحق الشرع واذا اجتمع حق الشرع وحق العبد يقدم
حق العبد لحاجته وغنى الشرع وفيه بحث لان التصرف ان كان اجارة او تزويجا
لم يسقط حق استرداده وكذا اذا مات المشتري وورث وارثه المشتري وان تعلق
بذلك حق العبد فكان ذلك تحكما واجيب عن الاول بان الاجارة عقد ضعيف يفسخ
بالاعذار وفساد الشراء عذر في فسخها كما يأتي ولم يذكر محمد رح من يفسخها
وذكر في النوادر ان القاضي يفسخها والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة
والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ كذلك فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ
على الرقبة والنكاح على حاله قائم وعن الثاني بان ملك الوارث في حكم عين
ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل
الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان لوارثه ان يسترد المبيع من المشتري
بحكم الفساد * وهذا بخلاف ما لو اوصى المشتري بالمشتري لشخص ثم مات حيث

لم يبق للبائع حق الاسترداد من الموصى له لان الموصى له بمنزلة المشتري الثاني في ثبوت ملك متجدد له بسبب اختياري ليس في حكم عين ما كان للموصي ولهذا لا يرد بالعيب فان قيل قولهم اذا اجتمع الحقان يقدم حق العبد منقوض بما اذا كان في يد حلال صيد ثم احرم فانه يجب عليه ارساله وفيه تقديم حق الشرع اجيب بان الواجب فيه الجمع بين الحقين لامكانه بالارسال في موضع لا يضيع ملكه لا الترجيح فانه انما يصار اليه اذا امتنع الجمع **قوله** ولان الاول دليل آخر على سقوط حق استرداد البائع ووجهه ان البيع الاول مشروع باصله دون وصفه لما تقدم من معرفة ماهية الفاسد عندنا والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه اذ لا خلل فيه لا في ركنه ولا في عوارضه فلا يعارضه مجرد الوصف وحاصله ان الفاسد لا يعارض الصحيح **قوله** ولانه حصل بتسليط من جهة البائع دليل آخر على ذلك ومعناه ان البيع الثاني حصل بتسليط البائع الاول حيث كان القبض باذنه فاسترداده نقض ما تم من جهته وذلك باطل ونوقض باسترداده قبل وجود البيع الثاني فانه نقض ما تم من جهته وذلك باطل والجواب انا لا نم التمام فيه فان كلا من المتعاقدين يملك الفسخ فاين التمام فاذا باع المشتري فقد انتهى ملكه ولهذا لا يملك الفسخ والمنهي مقرر واذا تقرر فقد تم ولم يكن ذلك الا منه ابتداء فيكون الاسترداد نقضا لما تم من جهته **قوله** بخلاف تصرف المشتري جواب عما يقال لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعا عن نقض التصرف لم تنقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها لكن للشفيع ان ينقضها وتوجيه الجواب ما قال لان كل واحد من حق المشتري والشفيع حق العبد ويستويان في المشروعية فيجوز نقض احدهما للآخر بدليل يقتضيه وحاصله ان تعلق حق الغير انما يمنع النقض اذا كان في مقابلته ما هو مرجوح عنده واما اذا كان ما هو راجح فلا يمنع وحق الشفيع راجح لانه عند صحة الاخذ تتحول الصفقة اليه فتبقى تصرفات المشتري بلا سند فتنقض ولانه ما حصل التسليط من جهة الشفيع

الشفيع ليكون نقضه نقضا لما تم من جهته وهذا لان التسليط انما يثبت بالاذن او باثبات الملك المطلق للتصرف ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك **قوله** ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه باذن البائع واعتقه او باعه بيعا صحيحا واعاد لفظ البيع كراهة ان يغير لفظ محمد رح لو تركه او وهبه وسلمه فهو اي ما فعل من هذه التصرفات جائز وعليه القيمة اما جوازه فلما ذكرنا انه ملكه بالقبض والملك مطلق للتصرف فينفذ واما وجوب القيمة فلما تقدم انه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وبالاعتاق قد هلك فصار كمغصوب قد هلك وفيه القيمة وبالهبة والتسليم والبيع قد انقطع حق الاسترداد على ما مر آنفا من قوله لتعلق حق العبد بالثاني * والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان فان الرهن اذا اتصل بالقبض صار لازما في حق الراهن كالكتابة في حق المولى الا ان حق الاسترداد يعود بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد * قيل وليس لتخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لانه ثابت في جميع الصور اذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة او رجع الواهب في هبته عاد للبائع ولاية الاسترداد لعود قديم ملكه اليه * ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور انما يكون اذا لم يقض على المشتري بالقيمة * واما اذا كان بعد القضاء بذلك فقد تحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين كما اذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد **قوله** وهذا اي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة بخلاف الاجارة فان حق الاسترداد فيها لا ينقطع لما ذكرنا انها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد من اقوى الاعذار ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا ولعل في الجوابين اشارة الى المذهبين فيها **قوله** وليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قال في النهاية اي القيمة التي اخذها من المشتري وليس بواضح بل المراد به ما اخذه البائع في مقابلة المبيع عرضا كان او نقدا ثمنا كان او قيمة وهذا الحكم

ثابت في الاجارة الفاسدة ايضا وغيرها فيصير المبيع محبوسا بالمقبوض فكان له ولاية ان لايدفع
المبيع الى ان يأخذ الثمن من البائع كما في الرهن لكنه يفارقه من وجه آخر وهو ان الرهن
مضمون بقدر الدين لاغير وههنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب وان مات البائع
فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حيوته لما تقدم من ان للمشتري
حق منع البائع من المبيع الى ان يأخذ ما ادى اليه وكل من يقدم عليه حال حيوته تقدم على
غرمائه وورثته بعد وفاته كالمرتهن فان الراهن اذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن احق بالرهن
من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين ثم انكانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لانها
فيه تتعين بالتعيين على رواية ابي سليمان وهو الاصح وعلى رواية ابي حفص
لا تتعين * والقرض الفاسد وهو بيع دراهم بدراهم الى اجل في تعيين المقبوض للرد
على الروايتين وجه رواية ابي حفص الاعتبار بالبيع الصحيح ووجه رواية ابي سليمان
ماذكره المصنف رح ان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب في كونهما مقبوضين لا على
وجه مشروع وقيل في حكم النقض والاسترداد والدراهم المغصوبة تتعين للرد ويجب
ردعينها اذا كانت قائمة وانكانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا انه بمنزلة المغصوب والحكم
فيه كذلك وذكر في الفوائد الظهيرية ان المبيع يباع بحق المشتري فان فضل شيء
يصرف الى الغرماء كما في بيع الرهن بالدين **قوله** ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري
فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح وقالا ينقض البناء ويرد الدار وكذا اذا اشترى ارضا وغرس
فيها وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف رح هذا هو قوله الاول وقوله الآخر مع ابيحنيفة رح
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع لانه محتاج فيه الى القضاء او الرضى ويبطل
بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع فانه لا يحتاج الى ذلك وقد تقدم ان البائع بيعا
فاسدا اذا مات كان لورثته الاسترداد والاضعف اذا لم يبطل بشيء فالاقوى لا يبطل به
وهو بديهي وحق الشفيع لا يبطل بالبناء والغرس فحق البائع كذلك ولابي حنيفة رح ان

اي البناء والغرس قد حصل للمشتري بتسليط من جهة البائع وكل ما هو كذلك يقطع
حق الاسترداد كالبيع الحاصل من المشتري بخلاف حق الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه
ولهذا لو وهبها المشتري لم يبطل حق الشفع وكذا لو باعها من آخر فانه يأخذ بالشفعة
بالبيع الثاني بالثمن او بالاول بالقيمة وان كان لا شفعة بالبيع الفاسد لان حق البائع
قد انقطع ههنا وعلى هذا صار حق الشفيع لعدم التسليط منه اقوى من حق البائع لوجوده منه
وهذا التقرير يبينك ان قوله مما يقصد به الدوام لا مدخل له في الحجة * قيل وانما ادخله
فيها اشارة الى الاحتراز عن الاجارة فان البناء والغرس بالاجارة لا يقصد بهما الدوام * ولعله
ذكره لان يلحقه بالبيع في كونه منهيا مقررا لانه لما قصد به الدوام اشبه البيع فكان منهيا للملك
فينقطع به حق الاسترداد كالبيع واذا ثبت هذا كان للشفيع ان يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع
في الاسترداد بالبناء لصيرورته ح بمنزلة البيع الصحيح فينقض الشفيع بناء المشتري واعترض عليه
بانه اذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق
الاولى لان فيه اعدام الفاسد وان تؤمل ما ذكر فليس بوارد اذ البائع مسلط دون الشفيع ولا يلزم
من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمسلط فانتفى الاولوية وبطلت الملازمة واعترض ايضا بانه اذا
نقض البناء لحق الشفيع وجب عود حق البائع في الاسترداد لوجود المقتضي وهو العقد
الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشتري شراء فاسدا بيعا صحيحا ورد عليه المبيع
بما هو فسخ واجيب بوجود مانع آخر فان المانع من الاسترداد انما ينتفي بعد ثبوت الملك
للشفيع وانه مانع آخر من الاسترداد وهذا لان النقض انما وجب ضرورة ايفاء حق الشفيع
فصار النقض مقتضى صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت المقتضى على وجه يبطل
به المقتضي وهو التسليم الى الشفيع روى وجوب القيمة في هذه المسئلة عن ابيحنيفة رح
يعقوب ثم شك بعد ذلك في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح لا في مذهبه والدليل على
ان مذهبه ذلك تنصيص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة ان عند ابي حنيفة رح

للشفيع الشفعة في هذه الدار التي اشتراها المشتري شراء فاسدا وبنى فيها او غرس *
وعندهما لا شفعة للشفيع فيها وحق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع
في حق الاسترداد بالبناء والغرس وثبوته مختلف فيه فمن قال بثبوته قال بانقطاع حق البائع
ومن قال بانتفائه قال بعدم انقطاع حق البائع لان وجود الملزوم بدون لازمه محال *
وعلى هذا فمن حفظ مذهب ابيحنيفة رح في ثبوت الشفعة لاشك في مذهبه في انقطاع حق البائع
في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية عنه لمحمد رح * قال شمس الائمة السرخسي رح
هذه المسئلة الثالثة التي جرت المحاورة فيها بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال
ابويوسف رح ما رويت عن ابي حنيفة رح انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء
وقال محمد رح بل رويت لي عنه انه يأخذ قيمتها وهذا كما ترى يشير الى ان الشك كان
في الرواية حيث لم يقل مذهب ابي حنيفة رح كذا وانما قال ما رويت وفيه تامل *
ولما كان هذا الموضع محتاجا الى تاكيد ذكر المصنف رح قوله شك يعقوب في الرواية
وفي كلامه نوع اغلاق لانه قال رواه يعقوب في الجامع الصغير والراوي في الجامع الصغير
محمد رح لانه تصنيفه الا اذا اريد بالجامع الصغير المسائل التي رواها يعقوب
عن ابي حنيفة رح **قوله** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا اعلم ان الاموال
على نوعين * نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير * ونوع يتعين كخلافهما
والخبث ايضا على نوعين خبث لفساد الملك * وخبث لعدم الملك * فاما الاول فانه
يؤثر فيما يتعين دون ما لا يتعين * والثاني يؤثر فيهما جميعا * واذا ظهر هذا فمن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح وان اشترى البائع بالثمن شيئا
وربح فيه طاب له الربح لان الجارية مما تتعين بالتعيين فيتعلق العقد بها فيؤثر الخبث
في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يؤثر الخبث فيه
لانه لفساد الملك لا لعدمه * ومعنى عدم التعيين فيها انه لو اشار اليها وقال اشتريت منك

[illegible] هذا العبد بهذه الدراهم كان له ان يتركها ويدفع الى البائع غيرها لان الثمن في ذمة المشتري ولا يتعلق بعين تلك الدراهم المشار اليها في البياعات * وهذا انما يستقيم على الرواية الصحيحة وهي انها لا تتعين لا على الاصح وهي التي تقدمت انها تتعين في البيع الفاسد لانها بمنزلة المغصوب ومن غصب جارية وباعها بعد ضمان قيمتها فربح فيها اوغصب دراهم وادى ضمانها واشترى بها شيئا فباعه وربح فيه تصدق بالربح في الفصلين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الخبث لما كان لعدم الملك اثر فيما يتعين وفيما لا يتعين وقال ابو يوسف رح طيب له الربح لان شرط الطيب الضمان والغرض وجوده ولهما ان العقد يتعلق بما يتعين حقيقة لعدم جواز الاستبدال وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن * وبيانه انه اذا اشترى بها فلا يخلو اما ان اشار اليها ونقد منها او اشار اليها ونقد من غيرها * فان كان الاول فقد تعلق به سلامة المبيع لانه هو الواقع ثمنا * وان كان الثاني فقد تعلق به من حيث تقدير الثمن والربح في الاول حصل بملك الغير من كل وجه وفي الثاني توسل اليه بمال الغير لان بيان جنس الثمن وقدره ووصفه امر لا بد منه لجواز العقد وذلك حصل بمال الغير فيجب التصدق بالربح في الحقيقة والشبهة جميعا * واذا كان الخبث لفساد الملك انقلب حقيقة الخبث وهي التي تكون فيما يتعين الى شبهة لان حصول الربح لم يكن بما هو ملك الغير من كل وجه بل بماله فيه شائبة ملك وشبهة الخبث وهي التي تكون فيما لا يتعين تنزل الى شبهة الشبهة لان تعلق سلامة المبيع او تقدير الثمن اللذين كانا شبهة خبث لحصولهما بمال الغير من كل وجه لم يبق كذلك بل بماله فيه شائبة ملك والشبهة هي المعتبرة لا النازل عنها تيل بالحديث وهو ما روي ان النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن الربوا والريبة هي الشبهة وهو دليل على ان الشبهة معتبرة واما ان شبهة الشبهة غير معتبرة فليس فيه دلالة على ذلك على تقدير اختصاص الريبة بالشبهة لا غير واما

اذا كان شبهة الشبهة ايضا داخلة في الربوا فقد يثبت به خلاف المدعى والمعنى في ذلك ان شبهة الشبهة لو اعتبرت لاعتبرت ما دونها ايضا دفعا للتحكم لكن لا يصح اعتباره لئلا ينسد باب التجارة اذ قلما يخلو عن شبهة شبهة فما دونها **قوله** وكذلك اذا ادعى رجل قال لآخر لي عليك الف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء وقد تصرف فيها المدعي وربح طاب له الربح ولا يجب التصدق به لان الخبث فيه لفساد الملك لان الدين يثبت بالتسمية بدعوى المدعي واداء المدعى عليه وملك ما قبضه بدلا عنه فكان تصرفه مصادفا للملك لكن لما تصادقا على انه لم يكن استحق المبدل واستحقاق المبدل لا يخرج البدل عن الملك لان بدل المستحق مملوك اذا كان عينا يتعين كما اذا اشترى عبدا بجارية واعتقه فاستحقت الجارية فان العتق نافذ ولو لم يكن بدل المستحق مملوكا لما نفذ عتقه لامتناعه في غير الملك بالنص فاذا كان ما لا يتعين اولى لكنه يفسد الملك اذ الاستحقاق قصدا في مقابله لا فيه فلو كان فيه كان باطلا والخبث لفساد الملك لا يعمل فيما لا يتعين *

* فصـــــــــــل فيما يكره *

نيل المكروه ادنى درجة من الفاسد ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك الحق به واخر عنه * ولعل تحقيق ذلك ما ذكر في اصول الفقه ان القبح اذا كان لامر مجاور كان مكروها واذا كان لوصف متصل كان فاسدا وقد قررناه في التقرير * ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ويجري في النكاح وغيره حيث قال عليه السلام لا تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك وسبب ذلك ايقاع رجل فيه بازيد من الثمن وهو خداع والخداع قبيح جاوره هذا البيع فكان مكروها * وظهر من هذا ان الراغب في السلعة اذا طلبها من صاحبها بانقص من ثمنها فزاده شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها لانتفاء الخداع * ونهى عن السوم على سوم غيره قال عليه الصلوة والسلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو

في معنى النهي فيفيد المشروعية * وصورته ان يتساوم الرجلان على السلعة و المشتري رضيا بذلك ولم يعقدا عقد البيع حتى دخل آخر على سومه فانه يجوز لكنه يكره لاشتماله على الايحاش والاضرار وهما قبيحان ينفكان عن البيع فكان مكروها اذا جنح البائع الى البيع بما طلب به الاول من الثمن وكذلك في النكاح * اما اذا لم يجنح فلا باس بذلك لانه بيع من يزيد وقد روى انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم باع قدحا وحلسا بيع من يزيد **قوله** ومن تلقي الجلب اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن تلقي الجلب اي المجلوب وصورته المصري اخبر بمجيء قافلة بميرة فتلقاهم واشترى الجميع وادخله المصر ليبيعه على ما اراده * فذلك لا يخلو اما ان يضر باهل البلد اولا والثاني لا يخلو من ان يلبس السعر على الواردين اولا * فان كان الاول بان كان اهل المصر في قحط وضيق فهو مكروه باعتبار قبح التضييق المجاور للمنفك * وان كان الثاني وقد لبس السعر على الواردين فقد غر وضر وهو قبيح فيكره والا فلا باس بذلك **قوله** وبيع الحاضر للبادي اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن بيع الحاضر للبادي فقال عليه الصلوة والسلام لا يبيع حاضر لباد * وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل مصر ويبيعه من اهل البادية بثمن غال * فلا يخلو اما ان يكون اهل المصر في سعة لا يتضررون بذلك او في قحط يتضررون بذلك فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا باس بذلك * وعلى هذا تكون اللام في البادي بمعنى من * وقيل في صورته نظرا الى اللام ان يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة **قوله** والبيع عند اذان الجمعة اي ونهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم عن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع وتسميته نهيا باعتبار معناه لا باعتبار الصيغة **قوله** ثم فيه بيان القبح المجاور فان البيع قد يخل بواجب السعي اذا قعدا او وقفا يتبايعان واما اذا تبايعا يمشيان فلا اخلال فيصح بلا كراهة * وقد تقدم

في كتاب الصلوة ان المعتبر في ذلك هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال **قوله** كل ذلك
اي المذكور من اول الفصل الى ههنا مكروه لما ذكرنا لا فاسد لان الفساد اي القبح
في امر خارج زائد اي مجاور ليس في صلب العقد ولا في شرائط الصحة * **قوله**
ولا باس ببيع من يزيد وتفسير بيع من يزيد وما روى انس رضي الله عنه قد مر آنفا نوع
منه اي هذا الذي يشرع فيه نوع من البيع المكروه ومن ملك صغيرين او صغيرا وكبيرا
احدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له ان يفرّق بينهما قبل البلوغ لقوله عليه الصلوة والسلام
من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة **قوله** ووهب معطوف
على قوله عليه السلام من حيث المعنى لان تقديره والاصل فيه ما قال عليه الصلوة والسلام
ووهب النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين اخوين صغيرين
ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك ويروى اردد اردد
ووجه الاستدلال بالاول هو الوعيد وبالثاني تكرار الامر بالادراك والرد والوعيد
جاء للتفريق والامر بالادراك على بيع احدهما وهو تفريق ولم يتعرض للبيع فقلنا بكراهة
البيع لافضائه الى التفريق وهو مجاور ينفك عنه لجواز ان يقع ذلك بالهبة والمعنى المؤثر
في ذلك استيناس الصغير بالصغير وبالكبير وتعاهد الكبير للصغير وفي بيع احدهما قطع الاستيناس
والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد اوعد النبي عليه السلام على ذلك بقوله
من فرق بين والدة وولدها الخ ان كان المراد بترك المرحمة تركها بالتفريق * ويجوز
ان يكون المراد في قطع الاستيناس والمنع من التعاهد ترك المرحمة وذلك متوعد بقوله
عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم المنع عن التفريق انما هو
باعتبار استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة للنكاح بان يكون احدهما ذا رحم محرم
من الآخر كما ذكرنا في صدر الكلام بلا ضرر للمولى او الصغير قصدا فلا يدخل محرم
غير قريب ولا قريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا حتى لو كان احدهما اخا

اخا رضاعيا للآخر او كان امه والآخر ابنها من الرضاع او كان احدهما ولد عم او خال
او كان احدهما زوج الآخر جاز التفريق بينهما لان النص النافي ورد بخلاف القياس
لان القياس يقتضي جواز التفريق لوجود الملك المطلق للتصرف من الجمع والتفريق
كما في الكبيرين وكل ما ورد من النص بخلاف القياس يقتصر على مورده ومورده
الوالدة وولدها والاخوان * قيل في كلام المصنف تناقض لانه علل بقوله ولان الصغير
يستأنس بالصغير وقال ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ثم قال لان النص ورد بخلاف
القياس وما كان كذلك لا يكون معلولا فجاء التناقض والجواب ما اشرنا اليه في تفسير
كلامه ان مناط حكم المنع عن التفريق انما هو استيناس وتعاهد يحصل بالقرابة المحرمة
للنكاح بدون ضرر المولى او الصغير قصدا فهو بيان لما عسى يجوز به الحاق الغير بالدلالة
اذا ساواه لا بيان الوصف الجامع بين المقيس والمقيس عليه فلا تناقض بين قوله معلول على
هذا التفسير وبين قوله ورد بخلاف القياس * واذا ظهر هذا تبين انه ليس في القرابة والمحرمية
ولا ما فيه ضرر ما يساوي القرابة المحرمة للنكاح ولا ما لا ضرر فيه حتى يلحق بها فلا يرد
ما قيل في الكتب لو كان منع التفريق معلولا بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند
وجود هذه العلة لكنه جاز في سبعة مواضع وان كان احدهما صغيرا فكانت العلة منقوضة
او لزم التزام القول بتخصيص العلة الفاسد عند عامة المشائخ رحمهم الله * والاول من المواضع
ما اذا صار احدهما في ملكه الى حال لا يمكنه بيعه كما اذا دبره او استولده ان كانت امة فانه لا باس
ببيع الآخر وان حصل التفريق * والثاني اذا جنى احدهما جناية نفس او مال فان للمولى
ان يدفع وفيه تفريق مع انه مخير بين الدفع والفداء وله ولاية المنع عن البيع باداء القيمة *
والثالث اذا كان المالك حربيا جاز للمسلم شراء احدهما وكما يكره التفريق بالبيع يكره
بالشراء * والرابع اذا ملك صغيرا وكبيرين جاز بيع احد الكبيرين استحسانا وان لزم التفريق *
والخامس اذا اشتراهما ووجد باحدهما عيبا كان له رد المعيب في ظاهر الرواية ولزم التفريق *

والسادس جاز اعتاق احدهما على مال او غيره وهو تفريق * والسابع اذا كان الصغير مراهقا جاز بيعه برضاه و رضي امه ولزم التفريق * واذا تاملت ما مهد لك آنفا ظهر لك عدم ورودها فان ما خلا الاخيرين يشتمل على الضرر * اما الاول فلان بيع احدهما لما امتنع لمعنى شرعي لو منع عن بيع الآخر تضرر المولى والمنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به لا يقال المنع عن تصرف التفريق مع وجود الملك المطلق له اضرار فكيف يحمل لانه لو لم يتحمل ذلك لزم اهمال الحديث * واما الثاني فلانه لو الزم المولى الفداء بدون اختياره تضرر * واما الثالث فلان منع التفريق لدفع الضرر من الصغير ولو منع المسلم من شراه تضرر الصغير قصدا وعاد على موضوعه بالنقض فان الحربي يدخلهما دار الحرب فينشأ ان فيها وضرر ذلك ظاهر في الدنيا لعرضه الاسر والقتل وفي الاخرة لان ظاهر من ينشأ من صغره بينهم ان يكون على دينهم * واما الرابع فلان منع بيع احد الكبيرين مع دفع ضرر الصغير بالآخر اضرار للمولى * واما الخامس فجواز التفريق فيه ممنوع على ما روي عن ابيوسف رح وعلى ظاهر الرواية انما جاز لان رد السالم عن العيب حرام من كل وجه وفي الزام المعيب اضرار للمشتري فتعين رده دفعا للاضرار عنه * واما في السادس فلان الاعتاق هو عين الجمع باكمل الوجوه لان المعتق او المكاتب صار احق بنفسه فيدور حيث ما دار اخوه ويتعاهدا موره على ما اراد ولا اعتبار لخروجه عن ملكه بعد ما حصل المعنى الموجب في ابقائهما جميعا مع زيادة وصف وهي استبداده بنفسه * واما في السابع فلان المنع عن التفريق للاحتراز عن الضرر بهما فلما رضيا بالتفريق اندفع الضرر ففيما عدا الاخيرين ضرر فلا يكون في معنى ما لا ضرر فيه من كل وجه فيلحق به واما السادس فلا تفريق فيه واما السابع فمن قبيل اسقاط الحق * ثم لا بد من اجتماعهما

في ملك شخص واحد حتى لو كان احدهما له والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما لان التفريق لا يتحقق فيه * وذكر الغير مطلقا ليتناول كل من كان غيره سواء كان الغير ابنا صغيرا له او كبيرا او نحوهما في عونته او لا وسواء كان زوجته او مكاتبه * ولا يجوز بيع احدهما من

من احد من هؤلآء اذا كانا في ملكه لحصول التفريق بذلك **قوله** ولو كان التفريق بحق مستحق تقدم تقريره في اثناء الاسولة وجوابها * وروي عن ابيحنيفة رح انه قال اذا جنى احدهما انه يستحب الفداء لانه مخير بين ان يدفع او يفدي فكان الفداء اولى **قوله** فان فرق كره له ذلك وجاز العقد واطلاق التفريق يدل على انه مكروه سواء كان بالبيع او القسمة فى الميراث و الغنائم او الهبة او غير ذلك * والبيع جائز وعن ابييوسف رح انه لايجوز في قرابة الولادة لقوتها وضعف غيرها وعنه انه لايجوز في جميع ذلك لما روينا من قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ادرك ادرك ولزيد بن حارثة اردد اردد فان الامر بالادراك والرد لايكون الافى البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق فكان كالبيع وقت النداء وهو مكروه لافاسد كالاستيام * والجواب عن الحديث انه محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر ممن باع منه احدهما **قوله** وانكانا كبيرين فلاباس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص يشير به الى ان مراده فيما تقدم الالحاق بدلالة النص كما قررناه وقد صح ان النبي عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين روي ان امير القبط اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم جاريتين اختين و بغلة فكان يركب البغلة بالمدينة واتخذ احدى الجاريتين سرية فولدت له ابراهيم وهي مارية ووهب الاخرى لحسّان بن ثابت وكان اسمها سيرين بالسين المهملة ذكره ابن عبد البرّ في كتاب الاستيعاب وهذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع

* باب الاقالة *

الخلاص من خبث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للاقالة تعلق خاص بهما

فاعقب ذكرها اياهما وهي من القيل لا من القول والهمزة للسلب كما ذهب اليه بعض
بدليل قلت البيع بكسر القاف وهي جائزة لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله
عثراته يوم القيمة ندب عليه الصلوة والسلام اليها بما يوجب التحريص عليها
من الثواب اخبارا او دعاء وكلاهما لا يكون الا لمشروع ولان العقد حقهما وكل ما هو
حقهما يملكان رفعه دفعا لحاجتهما * وشرطها ان يكون بالثمن الاول فان شرطا اكثر منه
او اقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين
ولهذا بطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه ولو باع البائع المبيع
من المشتري قبل ان يسترده منه جاز ولو كان بيعا لما جاز لكونه قبل القبض بيع جديد
في حق غيرهما ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما اذا باع دارا فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع
الى ملك البائع ولو كان فسخا في حق غيرهما لم يكن له ذلك وشرط التقابض اذا كان
البيع صرفا فكانت في حق الشريعة بيعا جديدا * وهذا لان لفظها ينبئ عن الفسخ كما
نذكره ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخا او بيعا
فقط اهمال لاحد الجانبين واعمالهما ولو بوجه اولى فجعلناها من حيث اللفظ فسخا
في حق المتعاقدين لقيامه بهما فتعين ان يكون بيعا في حق غيرهما * فان تعذر جعلها فسخا
بطلت كما اذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدا فان الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا
للشرع وهذا عند ابيحنيفة رح وعند ابيوسف رح بيع الا ان يتعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا
في المنقول قبل القبض فيجعل فسخا الا ان يتعذر جعلها فسخا فيبطل كما اذا تقايلا في العروض
المبيعة بالدراهم بعد هلاكها وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر ذلك كما اذا تقايلا باكثر من
الثمن الاول فيجعل بيعا الا اذا تعذر ذلك فيبطل كما في صورة بيع العرض بالدراهم
بعد هلاكه استدل محمد رح بالمعنى اللغوي فقال ان اللفظ للفسخ والرفع يعني ان حقيقة
ذلك يقال في الدعاء اقلني عثرتي واذا امكن العمل بالحقيقة لا يصار الى المجاز فيعمل بها

بها واذا تعذر فيحمل على محتمله وهو البيع لانه بيع في حق ثالث واستدل ابو يوسف رح
بمعناه فانه مبادلة المال بالمال بالتراضي وليس البيع الا ذلك واعتضد بثبوت احكام البيع
من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وبثبوت الشفعة وعورض بانه لو كانت بيعا
او محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة وليس كذلك واجيب بمنع بطلان اللازم على المروي
عن بعض المشائخ رح * وبالفرق بعد التسليم بانه اذا قال ابتداء اقلتك العقد في هذا العبد
بالف درهم ولم يكن بينهما عقد اصلا تعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى
ما لا وجود له فتبطل في مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود
اعني به سابقية العقد قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة
على ما اراد من المجاز ارادة المجاز في سائر الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز
وفيه نظر من وجهين احدهما انه يفهم منه ان ابا يوسف رح يجعل الاقالة بيعا مجازا
وذلك مصير الى المجاز مع امكان العمل بالحقيقة وهو لا يجوز والثاني ان قوله اقلتك
العقد في هذا العبد معناه على ذلك النقد بعتك هذا العبد وذلك يقتضي نفي سابقية العقد *
واستدل ابو حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الفسخ والرفع كما قلنا فهو حقيقة فيه والاصل
اعمال الالفاظ في حقائقها فان تعذر ذلك صير الى المجاز ان امكن والا بطل وههنا
لم يمكن ان يجعل مجازا عن ابتداء العقد لانه لا يحتمله لكونها ضده واستعارة احد
الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث
فلو لم تحتمل البيع لم تكن ذلك اجاب المصنف رح بان ذلك ليس بطريق المجاز
اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة وهذا ليس كذلك اذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون
لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضروري لانه لما ثبت مثل حكم البيع وهو الملك للبائع
ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد وتقريره
بوجه ابسط ان البيع وضع لاثبات الملك قصدا وزوال الملك من ضروراته والاقالة

وضعت لازالة الملك وابطاله وثبوت الملك للبائع من ضروراته فيثبت الملك لكل
واحد منهما فيما كان لصاحبه كما يثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق
المتعاقدين لان لهما ولاية على انفسهما فتعين اعتبار الحكم في حق غيرهما لانه ليس لهما
ولاية على غيرهما ووجه آخران المدعى ان كون الاقالة بيعا جديدا في حق ثالث
ليس مقتضى الصيغة لان كونها فسخا بمقتضاها فلوكان كونها بيعا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز وهو محال والجواب لابي حنيفة رح عما استدل به ابو يوسف رح من ثبوت الاحكام
ما قيل الشارع يبدّل الاحكام ولا يغيّر الحقائق فانه اخرج دم الاستحاضة عن كونه حدثا وفساد
الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يغير ويثبت في ضمن الاقالة
واما الاقالة فمن الحقائق فلا يخرجها عن حقيقتها التي هي الفسخ * اذا ثبت هذا اي ما ذكر
من الاصل فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة
لان فسخ العقد عبارة عن رفعه عن الوصف الذي كان قبله والفسخ على الزيادة ليس
كذلك لان فيه رفع ما لم يكن ثابتا وهو محال فيبطل الشرط لا الاقالة لانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة لان الشرط يشبه الربوا لان فيه نفعا لاحد العاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال
عن العوض والاقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة فلا يؤثر
في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لان الزيادة فيه اثبات ما لم يكن
بالعقد فيتحقق الربوا * ولان في الشرط شبهة الربوا وهي معتبرة * وكذا اذا شرط الاقل من
الثمن الاول لما بينا من ان رفع ما لم يكن ثابتا محال والنقصان لم يكن ثابتا فرفعه يكون
محالا الا ان يحدث في المبيع عيب فجازت الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات
بالعيب وصورة هذه المسائل الثلث ما اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم
صحت الاقالة وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت بالالف والغا ذكر الباقي وان تقايلا
بالف الا مائة فان لم يدخلها عيب صحت بالف ولغا ذكر النقص ووجب على البائع رد

رد الا على المشتري *وان دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير محطوطا بازاء
العيب لانه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البائع جزء من
الثمن وجواب الكتاب مطلق عن ان يكون الحط بمقدار حصة العيب او اكثر بمقدار
ما يتغابن الناس فيه اولا *وقال بعض المشائخ رح تأويل المسئلة ذلك * هذا عند ابيحنيفة رح
وعند هما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابييوسف رح وعند محمد رح
وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة
فيصار الى المجاز صونا لكلام العقلاء عن الالغاء * ولا فرق في الزيادة والنقصان
عند ابي يوسف رح لان الاصل عنده هو البيع وعند محمد رح الفسخ ممكن في فصل النقصان
لانه لو سكت عن جميع الثمن واقال كان فسخا فهذا اولى واعترض بان كونه فسخا اذا سكت
عن كل الثمن اما ان يكون على مذهبه خاصة او على الاتفاق والاول رد المختلف على
المختلف والثاني غير ناهض لان ابا يوسف رح انما يجعله فسخا لامتناع جعله بيعا لانتفاء
ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان فان فيها ما يصلح ثمنا فاذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل
يعني بالاتفاق لما بينا ان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب ولو اقال بغير جنس الثمن الاول
فهو فسخ بالثمن الاول عند ابيحنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعند هما بيع لما بينا من وجه
كل واحد منهما في فصل الزيادة ولو ولدت المبيعة ثم تقايلا بطلت الاقالة عنده لان الولد
مانع من الفسخ هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده * وحاصله
ما ذكره في الذخيرة ان الجارية اذا زادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء
كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة
قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة *وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت
منفصلة فالاقالة باطلة عند ابيحنيفة رح لانه لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع *
وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة

ببطلان حقه فيها والتقايل دليل الرضى فامكن تصحيحها فسخا * والاقالة في المنقول قبل
القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع * واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله
واما عند ابيوسف رح فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده **قوله** وهلاك الثمن
لا يمنع صحة الاقالة هلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع لان رفع البيع
يستدعي قيام البيع لان رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع دون الثمن لان الاصل
هو المبيع ولهذا اشرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ولهذا اجاز العقد
وان لم يكن موجودا كما عرف في الاصول * ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي
لقيام البيع فيه ولو تقايضا جازت الاقالة بعد هلاك احدهما اي احد العوضين ابتداء
بان تبايعا عبدا بجارية فهلك العبد في يد بائع الجارية ثم اقالا البيع في الجارية وجب
رد قيمة العبد ولا تبطل بهلاك احدهما بعد وجودها لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع
قائما اما اذا كان احدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم
قبل الرد فقد بطلت الاقالة ولا يشكل بالمقايضة فانها لا تبقى اذا هلك احد العوضين
قبل القبض او كان احدهما هالكا وقت البيع فانها لا تصح مع ان كل واحد منهما في معنى
الآخر لان الاقالة وان كان لها حكم البيع لكنها ليست ببيع على الحقيقة فيجوز بعد هلاك
احد العوضين * بخلاف المقايضة فانها بيع على الحقيقة ولكل واحد من العوضين جهة كونه
مبيعا فالحق بالمبيع من كل وجه وهلاك المبيع من كل وجه مبطل للعقد اذا كان قبل القبض *
وانما قيد بهلاك احدهما لان هلاكهما جميعا مبطل للاقالة * بخلاف التصارف فان هلاك
البدلين جميعا فيه غير مانع عن الاقالة مع ان لكل واحد من العوضين فيه حكم المبيع والثمن
كما في المقايضة لانهما لما لم يتعينا لم يتعلق الاقالة باعيانهما لو كانا قائمين بل رد المقبوض
ورد مثله سيان فصار هلاكهما كبقائهما وفي المقايضة تعلقت باعيانهما لو كانا قائمين فمتى
هلكا لم يبق شيء من المعقود عليه ترد الاقالة عليه * واعلم ان الاقالة تصح بلفظين احدهما

احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول اقلني فيقول الآخر اقلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع فيقول الآخر قبلت اعتبارا بالبيع * ولهما ان الاقالة لا تكون الا بعد نظر وتأمل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كان تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع

* باب المرابحة والتولية *

لما فرغ مما يتعلق بالاصل وهو المبيع من البيوع اللازمة وغير اللازمة وما يرفعها شرع في بيان الانواع التي تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما وقد ذكرناها في اول البيوع ووعدنا تفصيلها وهذا موضعه وعرف المرابحة بنقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح واعترض عليه بانه غير مطرد ولا منعكس * اما الاول فلان من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه * واما الثاني فلان المغصوب الآبق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة والتعريف ليس بصادق عليه لانه لا عقد فيه * وبانه يشتمل على ابهام يجب عنه خلو التعريف وذلك لان قوله بالثمن الاول اما ان يراد به عين الثمن الاول او مثله لا سبيل الى الاول لان عين الثمن الاول صار ملكا للبائع الاول فلا يكون مرادا في البيع الثاني * ولا الى الثاني لانه لا يخلو اما ان يراد المثل من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط كما ذكر في الايضاح والمحيط انه اذا باعه مرابحة فان كان ما اشتراه به له مثل جاز سواء جعل الربح من جنس رأس المال الدراهم من الدراهم او من غير الدراهم من الدنانير او على العكس اذا كان معلوما يجوز به الشراء لان الكل ثمن * والثاني يقتضي ان لا يضم الى رأس المال اجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها لانها ليست بثمن في العقد الاول * على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة او وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز والمسئلة في المبسوط * قيل فعلى هذا

الاولى ان يقول نقل ما ملكه من السلع بما قام عليه والجواب عن الاول بانا لا نسلم
صدق التعريف عليه فانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل وعن الثاني بان المراد
بالعقد اعم من ان يكون ابتداء او انتهاء واذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك عقدا
حتى لا يقدر المالك على رد القيمة واخذ المغصوب * والمراد بالمثل هو المثل في المقدار
والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته الى رأس المال فكان من جملة الثمن
الاول عادة واذا لم يكن الثمن نفسه مرادا يجعل مجازا عما قام عليه من غير خيانة
فيدخل فيه مسئلة المبسوط وانما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون
من باب ترك الحقيقة للعادة **قوله** والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
من غير زيادة ربح يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الاول
والجواب الجواب * والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز ولتعامل الناس
من غير انكار ولمساس الحاجة لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة والصفقة كاشفة
يحتاج الى ان يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشتراه وبزيادة
ربح وقد صح التولية من النبي عليه الصلوة والسلام كما ذكره في الكتاب فوجب القول
بجوازهما لوجود المقتضي وانتفاء المانع ولهذا اي للاحتياج الى الاعتماد كان مبنى البيعين
اي بناؤهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها واكد بقوله والاحتراز عن الخيانة
وشبهتها واصاب لاقتضاء المقام ذلك وعن هذا لم تصح المرابحة والتولية فيما اذا كان
الثمن الاول من ذوات القيم لان المعادلة والمماثلة في ذوات القيم انما يعرف بالحزر
والظن فكان فيه شبهة عدم المماثلة فشبهة الخيانة كما لم يجز المجازفة في الاموال الربوية
لذلك وكل ما حرم حرم ما يشبهه لان الحرمة مما يحتاط فيه **قوله** ولا تصح المرابحة والتولية
حتى يكون العوض مما له مثل لا تصح المرابحة والتولية في ذوات القيم لما ذكرنا آنفا ان مبناهما
على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها * والاحتراز عن الخيانة في القيميات ان امكن فقد لا

لايمكن عن شبهتها لان المشتري لايشترى المبيع الا بقيمة مادفع فيه من الثمن اذ لايمكن [illegible]
عينه حيث لم يملكه ولا دفع مثله اذ العرض عدمه فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف بالحزر
والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة الا اذا كان المشتري مرابحة ممن ملك ذلك البدل من
البائع الاول بسبب من الاسباب فانه يشتريه مرابحة بربح معلوم من درهم او شيء من
المكيل والموزون الموصوف لاقتداره على الوفاء بما التزم واما اذا اشتراه بربح ده يازده
مثلا اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم فان كان الثمن الاول عشرين كان الربح
درهمين وان كان ثلاثين كان ثلثة دراهم فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وببعض قيمته لانه
ليس من ذوات الامثال فصار البائع بائعا للمبيع بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلا وبجزء
من احد عشر جزأ من الثوب والجزء الحادي عشر لايعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز
ثم الثمن الاول ان كان نقد البلد فالربح ينصرف اليه وان كان غيره فلا يخلو اما ان يطلق
الربح او ينسب الى رأس المال * فان كان الاول كما اذا قال بعتك بالعشرة وربح درهم فالربح
من نقد البلد * وان كان الثاني كقوله بعتك بربح العشرة احدعشرا وده يازده فالربح من جنس
الثمن الاول لانه عرفه بالنسبة اليه فكان على صفته ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار
والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس
المال في عادة التجار ولان كل مايزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وهذه الاشياء
تزيد في ذلك فالصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف
المكان فيلحق به ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا لان القيام
عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى واذا باع بالرقم يقول رقمه كذا
فانا ابيعه مرابحة وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ
لانه لايزيد في العين ولا في القيمة وبخلاف اجرة التعليم فاذا انفق على عبده في تعلم عمل
من الاعمال دراهم لم يلحقها برأس المال لان الزيادة الحاصلة في المالية باعتبار معنى في المتعلم

وهو الحذاقة والذكاء لا بما انفق على المعلم وعلى هذا اجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق والحجام والختان فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما بالبينة او باقرار البائع او بنكوله عن اليمين فهو بالخيار عند ابيحنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابويوسف رح يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لان الثمن يجب ان يكون معلوما ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها بتعلق العقد بالمسمى والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف رح ان الاصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية لا التسمية ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر عن التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها لذلك فبقي ذكر المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فتحط الخيانة في الفصلين جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وهو ظاهر وفي المرابحة من رأس المال والربح جميعا كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ولابيحنيفه رح انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغيير التصرف لكن تفاوت الربح فيتخير بذلك لفوات الرضاء فلو هلك المبيع قبل ان يرده او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل

بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب لان المستحق للمشتري ثمة المطالبة بتسليم الفائت فيسقط مايقابله عند العجز عن تسليمه وقيد بالروايات الظاهرة احترازا عما روي عن محمد رح في غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة انكانت اقل من الثمن دفعا للضرر عن المشتري **قوله** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح لا كلام في وضع هذه المسئلة وصورتها ظاهر وانما الكلام في دليلها فالا العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان اشترى من مشتر مشتريه * وقال ابوحنيفة رح شبهة حصول الربح الحاصل بالعقد الاول ثابتة بالعقد الثاني لانه كان على شرف السقوط بان يرد عليه بعيب فاذا اشتراه من المشتري تأكد ما كان على شرف السقوط والتأكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط واذا كان شبهة الحصول ثابتة صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة احترازا عن شبهة الخيانة فانها كحقيقتها احتياطا في بيع المرابحة ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان الصلح مبناه على التجوز والحطيطة ولو وجد الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة وعورض بانه لو كان كذلك لما جاز الشرى بعشرة فيما اذا باعه بعشرين لانه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان فيه شبهة الربوا وهو حصول الثوب بلاعوض واجيب بان التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد احترازا عن الخيانة على ما ذكرنا لا في حق الشرع وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع الى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة واما جواز البيع وعدمه في شبهة الربوا فحق الشرع فلا يكون للتأكيد فيه شبهة الايجاب كذا نقل من فوائد العلامة حميد الدين رح بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره

ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة **قوله** واذا اشترى العبد المأذون له اذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة والحال انه مديون بدين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فان المولى يبيعه مرابحة على عشرة وكذا انكان المولى اشتراه وباعه من العبد لان في هذا العقد اي بيع العبد من المولى وعكسه شبهة العدم لجوازه مع المنافي وهو تعلق حق المولى بمال العبد * وقيل كون العبد ملكا للمولى ولهذا كان له ان يقضي الدين ويستفيد بكسب عبده فصار كالبائع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه على الثمن المذكور في الاول وانما قيد بالدين المحيط برقبته لانه لو لم يكن على العبد دين فباع من مولاه شيئا لم يصح لانه لا يفيد للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا ملك الرقبة ولا ملك التصرف هكذا قيد محمد رح في الاصل وكذا فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ولم يقيده الطحاوي والعتابي والحق قيده لما ذكرناه **قوله** واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها وفي بيعه مرابحة على خمسة عشر شبهة خيانة لان هذا البيع اي بيع الثوب من رب المال وان حكم بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رح ففيه شبهة العدم * وجه قول زفر رح ان البيع مبادلة المال بالمال وهو انما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه فلا يكون البيع موجودا * ووجه الجواز عندنا اشتماله على الفائدة فان فيه استفادة ولاية التصرف لان [illegible] المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف [illegible] يحصل له ولاية التصرف وهو مقصود واذا كان مشتملا على [illegible] ينعقد [illegible] الا ترى انه اذا جمع بين [illegible] البيع فيهما ودخل [illegible] في عقده لفائدة

لفائدة انقسام الثمن * واما ان فيه شبهة العدم فلما ذكرنا من تعليل زفر رح وقد اشار اليه المصنف بقوله الاترى انه يعني المضارب وكيل عن رب المال في البيع الاول من وجه وعلى هذا وجب ان لايجوز البيع بينهما كما لايجوز البيع بين الموكل والوكيل فيما وكله فيه واذا كان فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب فيبيع مرابحة على ذلك **قوله** ومن اشترى جارية فاعورت اذا اشترى جارية سليمة فاعورت عند المشتري بآفة سماوية او بفعل الجارية نفسها او وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطئ جازله ان يبيع مرابحة ولا يجب عليه البيان لعدم احتباس مايقابله الثمن لما تقدم ان الاوصاف لايقابلها شيء من الثمن **قوله** ولهذا توضيح لقوله لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ولهذا لو فاتت العين قبل التسليم الى المشتري لا يسقط شيء من الثمن وكذلك منافع البضع اذا لم ينقصها الوطئ لا يقابلها شيء من الثمن عوض دان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل ان المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما كان ذلك الا باعتبار ان المستوفى من الوطئ بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري واجيب بان عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على مايرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة فالفسخ لايرد عليها ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البائع ويسلم الوطئ للمشتري مجانا والوطئ يستلزم العقد عند سقوط الحد * لا باعتبار احتباس جزء من المبيع وعن ابي يوسف رح انه لا يبيع في الفصل الاول اي في صورة الاعورار من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح بناء على مذهبه ان للاوصاف حصة من الثمن من غير فصل بين ما كان العيب بآفة سماوية او بصنع العبد فاما اذا فقأ عينها راجع الى اول المسئلة وفي بعض

النسخ فلنا فيكون حجة بالقول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله يعني اذا فقأ المشتري عينها بنفسه او فقأها اجنبي سواء كان بامر المشتري او بغيره وجب البيان عند البيع مرابحة لانه صار مقصودا بالاتلاف * اما اذا كان بامر المشتري فلانه كفعل المشتري بنفسه * واما اذا كان بغير امره فلانه جناية توجب ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابس بدل جزء من المعقود عليه فيمتنع المرابحة بدون البيان * وعبارة المصنف رح تدل بالتنصيص على اخذ ارشها وهو المذكور في لفظ محمد رح في اصل الجامع الصغير * وقال في النهاية كان ذكر الارش وقع اتفاقا لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ووجوب ضمان الارش سبب لاخذ الارش فاخذ حكمه * ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لاخذ الارش * وذكر نقل المبسوط كذلك وكذا اذا وطئها وهي بكر لا يبيعها مرابحة الا بالبيان لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها فلابد من البيان ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار بالقاف من قرض الثوب بالمقراض اذا قطعه ونص ابو اليسر رح على انه بالفاء او حرق نار جاز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة بلا بيان لانه صار مقصودا بالاتلاف وقوله والمعنى ما بينا اشارة الى هذين الدليلين **قوله** ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة درهم ولم يبين ذلك للمشتري فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان الاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بهما والمرابحة توجب الاحتراز عن مثل هذه الخيانة ونوقض بان الغلام السليم الاعضاء يزاد في ثمنه لاجل سلامة الاعضاء بالنسبة الى غير السليم واذا فاتت سلامة الاعضاء لم يجب البيان على البائع كما مر في مسئلة اعورار العين واجيب بان الزيادة هناك ليست منصوصا عليها انما هي في مقابلة السلامة وما نحن فيه هو ان يقول

ان اجلتني مدة كذا فثمنه يكون كذا بزيادة مقدار فيثبت زيادة الثمن في الاجل بالشرط ولا يثبت ذلك في سلامة الاعضاء وسيشير المصنف الى هذا بقوله ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد وان هلك المبيع او استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن يعني في الحقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له الفسخ ان كان المبيع قائما فاما ان يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك فلا والا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة وذلك خلف باطل **قوله** وانكان ولاه اياه يعني ان التولية كالمرابحة فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه اياه من غير بيان فكان للمشتري الخيار لان التولية في وجوب الاحتراز عن شبهة الخيانة كالمرابحة لكونه بناء على الثمن الاول بلا زيادة ولا نقصان وانكان استهلكه ثم علم بالخيانة لزمه بالف حالة لما ذكرناه ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة * وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسيأتيك من بعد في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف وقال الفقيه ابو الليث روي عن محمد رح انه قال للمشتري ان يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على اصله في التحالف مستقيم فانه اقام القيمة مقامه وقيل وهو قول ابي جعفر البلخي يقوّم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد لكنه منجم معتاد كعادة بعض البلاد يشترون بنقد ويسلمون الثمن بعد شهر اما جملة او منجما قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل لا يجب بيانه لان الثمن حال **قوله** ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه اذا قال وليتك هذا بما قام علي يريد به ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع في المجلس صح البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه وان شاء تركه اما الصحة فلان الفساد لم يتقرر بعد فكان فسادا يحتمل الصحة فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد لان ساعات المجلس كساعة

واحدة وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق تقرر والفساد المتقرر لايقبل الاصلاح نظيره البيع بالرقم في صحته بالبيان في المجلس وتقرر فساده بعدمه فيه واما خيار المشتري فلخلل في الرضاء لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهالة في الصفات فكان في معنى خيار الرؤيه فالحق به

* فصـــــــــل *

وجه ايراد الفصل ظاهر لان المسائل المذكورة فيه ليست من باب المرابحة ووجه ذكرها في باب المرابحة الاستطراد باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد عن الاوصاف كالمرابحة والتولية ومن اشترى شيئا مما ينقل نقلا حسّيا وهو المراد بقوله يحول فسره به لئلا يتوهم انه احتراز عن المدبر لم يجز له ان يبيعه حتى يقبضه لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض وهو باطلاقه حجة على مالك رح في تخصيص ذلك بالطعام * ولا تمسك له بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه عليه السلام قال اذا اشترى احدكم طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه وفي رواية حتى يستوفيه فان تخصيص الطعام يدل على ان الحكم فيما عداه بخلافه لان ابن عباس رضي الله عنه قال واحسب كل شيء مثل الطعام وذلك دليل على ان التخصيص لم يكن مرادا وكان ذلك معروفا بين الصحابة رضي الله عنهم حدث الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه انه قال ابتعت زيتا في السوق فلما استوفيته لقيني رجل فاعطاني به ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك فان الرسول عليه الصلوة والسلام نهى ان تباع السلع حيث تبتاع حتى تحوزها التجار الى رحالهم وانما قيد بالبيع ولم يقل لم يجز له التصرف لتقع المسئلة على الاتفاق فان الهبة والصدقة جائزة عند محمد رح وان كان قبل القبض قال كل تصرف لايتم الا بالقبض فانه جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه نقبضه لان تمام هذا العقد

العقد لايكون الابالقبض والمانع زائل عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه يلزم بنفسه والتقريب
ان البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع
ثم البيع في المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لعين ما ملكه في حال قيام الغرر في ملكه
فالهبة اولى **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد استدلال بالمعقول * وتقريره في البيع قبل
القبض غرر انفساخ العقد الاول على تقدير هلاك المبيع في يد البائع والغرر غير
جائز لانه عليه السلام نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه وقد تقدم
واعترض بان غرر الانفساخ بعد القبض ايضا متوهم على تقدير ظهور الاستحقاق وليس
بمانع ولايدفع بان عدم ظهور الاستحقاق اصل لان عدم الهلاك كذلك فاستويا
واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص على خلاف القياس لثبوت الملك
المطلق للتصرف المطلق بقوله تعالى وَاَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ وليس ما بعد القبض في معناه لان
فيه غرر الانفساخ بالهلاك والاستحقاق وفيما بعد القبض غرره بالاستحقاق خاصة فلم يلحق
به ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح
لايجوز رجوعا الى اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول لجامع عدم القبض فيهما وصار
كالاجارة فانها في العقار لاتجوز قبل القبض والجامع اشتمالهما على ربح مالم يضمن
فان المقصود من البيع الربح وربح مالم يضمن منهي عنه شرعا والنهي يقتضي الفساد
فيكون البيع فاسدا قبل القبض لانه لم يدخل في ضمانه كما في الاجارة ولهما ان ركن البيع
صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه في محله لانه محل مملوك له وذلك
يقتضي الجواز والمانع وهو الغرر معدوم فيه لانه باعتبار الهلاك وهو في العقار نادر
فصح العقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المنقول فان المانع فيه موجود * ومنع
انتفاء المانع في العقار فانه غرر الانفساخ وقد يوجد بالرد بالعيب واجيب بانه لايصح
لانه اذا جاز البيع فيه قبل القبض صار ملكا للمشتري وح لايملك المشتري الاول الرد

وفيه نظر لانه ان رد عليه بقضاء عاد له الرد * والاولى ان يقال كلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ * واذا كان الهلاك في العقار نادرا كان غرر انفساخ العقد المنهي عنه منتفيا والحديث معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بدلائل الجواز من الكتاب والسنة والاجماع واعترض بانه تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهو عام والتعليل في موضع النص غير مقبول واجيب بانه عام دخله الخصوص لاجماعا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول كذا في المبسوط وفيه بحث لان المراد بالحديث النهي عن بيع مبيع لم يقبض بدليل حديث حكيم بن حزام اذا ابتعت شيئا فلا تبعه حتى تقبض * سلمنا انه نهى عن بيع ما لم يقبض من ملكه الذي ثبت بسبب من الاسباب لكن الاجماع لا يصلح مخصصا * سلمنا صلاحيته لذلك لكن التخصيص لبيان انه لم يدخل في العام بعد احتماله تناوله واذا كان الحديث معلولا بغرر الانفساخ لا يحتمل تناول ما ليس فيه ذلك اذ الشيء لا يحتمل تناول ما ينافيه تناولا فرديا * واعلم اني اذكر لك ما سنح لي في هذا الموضع بتوفيق الله تعالى على وجه يندفع جميع ذلك وهو ان يقال الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزًا لعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى وَحَرَّمَ الرِّبَوا والعام المخصوص يجوز تخصيصه بخبر الواحد وهو ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ثم لا يخلو اما ان يكون معلولا بغرر الانفساخ اولا فان كان فقد ثبت المطلوب حيث لا يتناول العقار وان لم يكن وقع التعارض بينه وبين ما روي في السنن مسندا الى الاعرج عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الغرر وبينه وبين ادلة الجواز وذلك يستلزم الترك وجعله معلولا بذلك اعمال لثبوت التوفيق ح والاعمال متعين لامحالة وكما لم يتناول العقار لم يتناول الصداق

[illegible] لا بدل الخلع فيكون مختصا بعقد ينفسخ بهلاك المعوض قبل القبض [illegible]
بالصواب **قوله** والاجارة جواب عن قياس محمد رح صورة النزاع على الاجارة وتقريره انها
لا تصلح مقيسا عليها لانها على الاختلاف قال في الايضاح ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز
اجارته لان صحة الاجارة بملك الرقبة فاذا ملك التصرف في الاصل وهو الرقبة ملك
في التابع *وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك
المنافع فيمتنع جوازها كبيع المنقول **قوله** ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة اذا
اشترى المكيل والموزون كالحنطة والشعير والسمن والحديد واراد التصرف فذلك
على اقسام اربعة *اشترى مكايلة وباع مكايلة *او اشترى مجازفة وباع كذلك *او اشترى
مكايلة وباع مجازفة *او بالعكس من ذلك *ففي الاول لم يجز للمشتري من المشتري
الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما كان الحكم في حق المشتري الاول كذلك لان
النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع
البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه وهو بترك التصرف وهذه العلة موجودة في الموزون
فكان مثله *وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار *وفي الثالث
لا يحتاج المشتري الثاني الى كيل لانه لما اشترى مجازفة ملك جميع ما كان مشارا اليه
فكان متصرفا في ملك نفسه قال المصنف رح لان الزيادة له واعترض بان الزيادة لا تتصور
في المجازفة واجيب بان من الجائز انه اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله على انه عشرة اقفزة
مثلا ثم باعه مجازفة فاذا هو اثنى عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه
المشتري الاول *وفيه من التمحل ما ترى *وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن
البائع وذلك بان باع مجازفة وفي ذهنه انه مائة قفيز فاذا هو زائد على ما ظنه والزائد للمشتري*
ويجوز ان يجعل من باب الفرض ومعناه ان المانع من التصرف هو احتمال الزيادة

ولو فرض في المجازفة زيادة كانت للمشتري حيث لم يقع العقد مكايلة فهذا المانع على تقدير
وجوده لا يمنع التصرف فعلى تقدير عدمه اولى * ويجوز فرض المحال اذا تعلق به غرض
كما في قوله تعالى إِنْ تَدْعُوهُمْ لَا يَسْمَعُوا دُعَاءَكُمْ وَلَوْ سَمِعُوا مَا اسْتَجَابُوا لَكُمْ * وفي الرابع
يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشتري او كيل البائع بحضرته لان الكيل شرط لجواز
التصرف فيما بيع مكايلة لمكان الحاجة الى تعيين المقدار الواقع مبيعا واما المجازفة
فلا يحتاج اليه لما ذكرنا فان قيل النهي عن بيع الطعام الى الغاية المذكورة يتناول
الاقسام الاربعة فما وجه تخصيصه بما في الكتاب فالجواب انه معلول باحتمال
الزيادة على المشروط وذلك انما يتصور اذا بيع مكايلة فلم يتناول ما عداه ورد بانه
دعوى مجردة واجيب بان التفصي عن عهدة ذلك بان يقال قوله تعالى واحل الله
البيع يقتضي جوازه مطلقا وهو مخصوص بآية الربوا فجاز تخصيصه بخبر الواحد
وفيه ذكر جريان الصاعين وليس ذلك الا لتعيين المقدار وتعيين المقدار انما
يحتاج اليه عند توهم زيادة او نقصان فكان في النص ما يدل على انه معلول
بذلك وهو في المجازفة معدوم فكان جائزا بلا كيل * ثم في قوله اشترى مكيلا اشارة
الى انه لو ملكه بهبة او ارث او وصية جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع وغيره وكذا
لو وقع ثمنا كما سيأتي * وحكم بيع الثوب مذارعة حكم المجازفة في المكيل لان الزيادة
له اذ الذراع وصف في الثوب فلم يكن هناك احتمال الزيادة فلم يكن في معنى ما ورد
به النص ليلحق به بخلاف القدر فانه مسع لا وصف ولا معتبر بكيل البائع وهو المشتري الاول
قبل البيع وان كان بحضرة المشتري الثاني لان الشرط صاع البائع والمشتري وهذا ليس
كذلك ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم اذ المبيع يصير به
معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري قيل لا يكتفى
به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد

[illegible] على التسليم والثمن احتمال الزيادة ومحمل الحديث [illegible]

[illegible] وما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه
من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله
ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين * واعلم
ان في كلام المصنف رح ايهام التناقض وذلك لانه وضع المسئلة اولا فيما اذا كان
العقدان بشرط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث ثم ذكر في آخر المسئلة
ان الصحيح ان يكتفى بالكيل الواحد وهو يقتضي ان يكون وضع المسئلة فيما يكون
فيه عقد واحد بشرط الكيل لما ان الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية انما هو
في العقد الواحد بشرط الكيل واما اذا وجد العقدان بشرط الكيل فالاكتفاء بالكيل الواحد
فيهما ليس بصحيح من الرواية بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين
ودفعه بان يكون المراد بالبائع في قوله ولو كاله البائع المشتري الاول وبالمشتري
هو الثاني وبالبيع هو البيع الثاني ومعناه ان المشتري اذا باع مكايلة وكاله بحضرة
مشتريه يكتفى بذلك لما ذكرنا من الدليل ويدل على ذلك قوله ومحمل الحديث
اجتماع الصفقتين فانه يدل على ان في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور
اليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اذا اجتمعت الصفقتان
كما في اول المسئلة وما سيأتي في باب السلم واما فيما نحن فيه فلا هذا * واذا نظرنا
الى التعليل وهو قوله ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع يقتضي
ان يكتفى بالكيل الواحد في اول المسئلة ايضا لما ذكرنا * ولو ثبت ان وجوب الكيلين
عزيمة والاكتفاء بالكيل الواحد رخصة او قياس او استحسان لكان مدفعا ربا
على القوانين لكني لم اظفر بذلك ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما يروى
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو رواية عن ابيحنيفة رح لانه ليس بمال الربوا ولهذا جاز

بيع الواحد بالاثنين فكان كالمذروع وحكمه قد مرّ انه لا يحتاج الى اعادة الذرع اذا باع مذارعة وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح وهو قول الكرخي رح لانه لا تحل له الزيادة الا يرى ان من اشترى جوزا على انها الف فوجدها اكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها اقل يسترد حصة النقصان من البائع كالموزون فلا بد لجواز التصرف من العد كالوزن في الموزون **قوله** والتصرف في الثمن قبل القبض جائز التصرف في الثمن قبل القبض جائز سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالمكيل والموزون حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا آخر قال ابن عمر رضي الله عنه كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم وكان يجوّزه رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولان المطلق للتصرف وهو الملك قائم والمانع وهو غرر الانفساخ بالهلاك منتفٍ لعدم تعينها بالتعين اي في النقود بخلاف المبيع **قوله** ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن اذا اشترى عينا بمائة درهم ثم زاد عشرة مثلا او باع عينا بمائة ثم زاد على المبيع شيئا او حط بعض الثمن جاز والاستحقاق يتعلق بكل ذلك فيملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط وينعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني الاصل والزيادة فاذا استحق المبيع يرجع المشتري على البائع بهما * واذا جاز ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة اي الهبة ابتداء ولا تتم الا بالتسليم لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لان هذا التصحيح يصير ملكه عوض ملكه لان المشتري ملك المبيع بالعقد بالمسمى ثمنا فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك لا يجوز * وفي الحط الثمن كله مقابل بكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدأ ولنا ان البائع والمشتري بالحط والزيادة غيرا

غيرا العقد بتراضيهما من وصف مشروع الى وصف مشروع لان البيع المشروع
خاسر ورابح وعدل فالزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل
الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل
العقد بالاقالة فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف لان التصرف
في صفة الشيء اهون من التصرف في اصله فصار كما اذا كان لاحد العاقدين او لهما
خيار الشرط فاسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد فصح الحاق الزيادة بعد تمام العقد واذا صح يلتحق
باصل العقد لان الزيادة في الثمن كالوصف له ووصف الشيء يقوم بذلك الشيء لا بنفسه
فالزيادة تقوم بالثمن لا بنفسها فان قيل لو كان حط البعض صحيحا لكان حط الكل كذلك
اعتبارا للكل بالبعض اجاب المصنف رح بالفرق بقوله بخلاف حط الكل لانه تبديل
لاصله لا تغيير لوصفه لان عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من ان يكون ثمنا فالشرط
فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمنا واما حط الجميع فتبديل للعقد
لانه اما ان يبقى بيعا باطلا لعدم الثمن حينئذ وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك او يصير هبة
وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فلا يلتحق باصل العقد لوجود المانع ولا يلزم
من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلتحق حط البعض باصل العقد وعلى اعتبار
الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة
حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط فان البائع اذا حط بعض الثمن
عن المشتري والمشتري قال لآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي
من الثمن بعد الحط فكان الحط بعد العقد ملتحقا باصل العقد كان الثمن في ابتداء العقد
هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة * ويظهر حكمه ايضا في الشفعة حتى يأخذ الشفيع
بما بقي في الحط **قوله** وانما كان للشفيع جواب سوال مقدر تقريره لو كانت الزيادة
ملتحقة باصل العقد لاخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب

انما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان حقه تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية على ابطال حق الغير بتراضيهما * وهذا كله اذا كان المبيع قائما واما بعد هلاكه فلا تصح الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود والشيء يثبت ثم يستند ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا تستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع * ووجهه انه يجعل المعقود عليه قائما تقديرا ويجعل الزيادة تغييرا كما جعل قائما اذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لان قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل واشتراط المحل لاثبات الملك وابقائه بطريق التجدد فلم يكن لابقاء العقد في حقه فائدة فاما في ما وراء ذلك ففيه فائدة فبقي والزيادة في المبيع جائزة لانها تثبت في مقابلة الثمن وهو قائم وتكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن **قوله** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما اذا باع شيئا بثمن حال ثم اجله لا يخلو من ان يكون الاجل معلوما او مجهولا فان كان الاول صح وصار مؤجلا وقال زفر رح لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي رح لانه دين فلا يتأجل كالقرض * ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتأجيل رفقا بمن عليه ولان التأجيل اثبات براءة موقتة الى حلول الاجل وهو يملك البراءة المطلقة بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة الموقتة اولى * وان كان الثاني فلا يخلو اما ان تكون الجهالة فاحشة او يسيرة فان كانت الاول كما اذا اجله الى هبوب الريح او نزول المطر لا يجوز وان كانت الثاني كالحصاد والدياس جاز كالكفالة لان الاجل لم يشترط في عقد المعاوضة فصح مع الجهالة اليسيرة * بخلاف البيع وقد ذكرناه من قبل يعني في اواخر البيع الفاسد **قوله**

قوله وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا كل دين حال بتأجيل صاحبه يصير موجلا لما ذكرنا انه حقه لكن القرض لا يصح تأجيله وهذا لان القرض في الابتداء صلة واعارة فهو بهذا الاعتبار من التبرعات ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء لان الواجب في القرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يصح اي لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب الشرع اليه واجمع الامة على جوازه فاعتمدنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم ونوقض بما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة فانه قرض مؤجل واجله لازم حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة واجيب بان ذلك من باب الوصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة وقت الوصية فكذلك يلزم التأجيل في القرض حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقا للموصي والله اعلم

* باب الربوا *

لما فرغ من ذكر ابواب البيوع التي امر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله شرع في بيان انواع البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا الربوا فان النهي يعقب الامر وهذا لان المقصود من بيان كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعا والحرام الذي هو الربوا ولهذا لما قيل لمحمد رح الا تصنّف شيئا في الزهد قال قد صنفت كتاب البيوع ومراده بيّنت فيه ما يحل وما يحرم وليس الزهد الا الاجتناب من الحرام والرغبة في الحلال * والربوا في اللغة هو الزيادة من ربى المال اي زاد وينسب فيقال ربوي بكسر الراء ومنه الاشياء الربوية وفتح الراء خطأ كذا

قال الربوا في المغرب وفي الاصطلاح هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع محرم في كل مكيل اوموزون اي حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة جار في كل ما يكال اويوزن اذا بيع بمكيل اوموزون من جنسه فالعلة اي لوجوب المماثلة هو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال المصنف رح ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل لانه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراده يتناول الاخر والاصل فيه الحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعدّ الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع التمر حذف المضاف واقيم المضاف اليه مقامه واعرب باعرابه ومثل خبره ومعنى الثاني بيعوا التمر * والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ماروي كيلا بكيل وكذلك في الموزون وزنا بوزن فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما يطلق عليه اسم الحنطة فان بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقوم مع صدق الاسم عليه * ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه جيدها ورديها سواء وكلام رسول الله عليه الصلوة والسلام يفسر بعضه بعضا فان قيل تقديره بيعوا ايوجب البيع وهو مباح اجيب بان الوجوب مصروف الى الصفة كقولك مت وانت شهيد وليس المراد الامر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهداء اذا مات * كذلك المراد الامر بكون البيع على صفة المماثلة وقوله يدا بيد المراد به عندنا عين بعين وعند الشافعي رح قبض بقبض وقوله والفضل ربوا الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات احدهما على الآخر حرام والحكم معلول باجماع القائسين احترازعن قول داؤد من المتاخرين وعثمان البتي من

من المتقدمين ان الحكم مقصور على الاشياء الستة والنص غير معلول لكن العلة عندنا ما ذكرناه من القدر والجنس وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط لعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده الا عند وجود الجنسية وحينئذ لا يكون لها اثر في تحريم النسأ فلو اسلم هرويا في هروي جاز عنده وعندنا لم يجز لوجود احد وصفي العلة وسيأتي والمساواة مخلص يتخلص بها عن الحرمة لانه اي الشارع نص على شرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال والاحوال شروط هذا في رواية النصب * وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب الا انه عدل الى الرفع للدلالة على الثبوت وكل ذلك اي كل من الشرطين يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فاذا كان عزيزا خطيرا فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم في المطعومات لبقاء الانسان به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك اي في اظهار الخطر والعزة فجعلناه شرطا والحاصل ان العلة انما تعرف بالتأثير وللطعم والثمنية اثر عنده كما ذكرنا وليس للجنسية اثر لكن العلة لا يكمل الا عند وجود الجنس فكان شرطا لان الحكم قد يدور مع الشرط وجودا عندها لا وجوبا به ولنا ان الحديث اوجب المماثلة شرطا في البيع بقوله مثلا بمثل لما مر انه حال بمعنى متماثلا والاحوال شروط ووجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحدهما ان تلك لتحقيق معنى البيع فانه ينبئ عن التقابل وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتماثل لانه لو كان احدهما انقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه او صيانة لاموال الناس عن التوى لان احد البدلين اذا كان انقص من الآخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل او تتميما للفائدة باتصال التسليم به اي بالتماثل يعني ان في النقدين لكونهما لا يتعيان بالتعيين شرطت المماثلة قبضا بعد مماثلة كل منهما للآخر لتتميم فائدة العقد وهو ثبوت الملك وفيه نظر لانه خارج عن المقصود اذ المقصود بيان وجوب المماثلة بين العوضين قدرا لا بيان المماثلة

من حيث القبض والاولى ان يقال لولم يكن احد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين وضررا في حق الآخر واذا كان مثلا للآخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة اتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا ولقائل ان يقول هذه الاوجه الثلثة المذكورة لاشتراط التماثل مما يجب تحققه في سائر البياعات لانها لا تنفك عن التقابل وصيانة اموال الناس عن التوى وتتميم الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع لئلا تتخلف العلة عن المعلول والجواب ان موجبها في الربوا هو النص والوجوه المذكورة حكمة لاعلة ليتصور التخلف * واذا ثبت اشتراط المماثلة لزم عند فواته حرمة الربوا لان المشروط ينتفي عند انتفاء شرطه ولقائل ان يقول انما يلزم حرمة الربوا عند فوات شرط الحل ان لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة وهو ممنوع لان الكراهة واسطة بين الحل والحرمة ويمكن ان يجاب عنه بان المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه اتم فليطلب ثمه **قوله** والمماثلة بين الشيئين بيان علية القدر والجنس لوجوب المماثلة وذلك لان المماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى وهو واضح والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فان كيلا من بر يساوي كيلا من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى ولقائل ان يقول قد تبين ان المماثلة شرط لجواز البيع في الربويات وعللتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلا لاثبات الشرط وذلك باطل والجواب ان التعليل للشرط لا يجوز لاثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل فيجوز عند جمهور الاصوليين وهو اختيار الامام المحقق فخر الاسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة في الاشياء الستة شرطا فاثبتناه في غيرها تعدية فكان جائزا واذا ثبت وجوب المماثلة شرطا وهي بالكيل والجنس فيظهر الفضل على ذلك

ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن
عوض شرط فيه اي في العقد **قوله** ولا يعتبر الوصف يجوز ان يكون جواب سوال تقريره
ان المماثلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف وتقرير الجواب ولا يعتبر الوصف
لانه لا يعد تفاوتا عرفا فاذا استوت الذاتان صورة ومعنى تساويا في المالية * والفضل
من حيث الجودة ساقط العبرة في المكيلات لان الناس لا يعدون ذلك الامن باب اليسير
وفيه نظر لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف اولان في اعتباره سد باب البياعات
لان الحنطة لا تكون مثلا للحنطة من كل وجه فالمراد البياعات في الربويات لا مطلق
البياعات لان في اعتبار الجودة في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات اولقوله
عليه السلام جيدها ورديها سواء **قوله** والطعم والثمنية جواب عن جعله الطعم والثمنية
علة للحرمة وتقريره ان ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما اضيف اليهما لانهما لما كانا
من اعظم وجوه المنافع كان السبيل فيها الاطلاق لشدة الحاجة اليها دون التضييق الا يرى
ان الحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة الحرام حالة الاضطرار فكيف يؤثر في حرمة
المباح بل سنة الله تعالى جرت في التوسيع فيما كثر اليه الاحتياج كالهواء والماء وعلف
الدواب وغير ذلك وعلى هذا فالاصل في هذه الاموال جواز البيع بشرط المساواة
والفساد لوجود المفسد فلا تكون المساواة مخلصا عن الحرمة واذا ثبت ما ذكرناه
من تقرير الاصل من الجانبين نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل اي كيلا بكيل
او وزنا بوزن جاز البيع لوجود المقتضي وهو المبادلة المعهودة في العقود مع وجود شرطه
وهو المماثلة في المعيار كما ورد في المروي وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا بانتفاء الشرط
والجودة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردي الا متماثلا **قوله** ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين
اي ومما يترتب على الاصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان عدم
الجواز بتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعد وجود المساواة والمساواة بالكيل ولا كيل

في الحفنة والحفنتين فتنتفي المماثلة فينتفي تحقق الفضل واستوضح ذلك بقوله ولهذا اي ولان الحفنة والحفنتين لما لم تدخل تحت المعيار الشرعي وجب القيمة عند الاتلاف لا مثلها فلو تعينت مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال دون القيم وعند الشافعي رح لا يجوز لان علة الحرمة هي الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المسوّي وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع بما دونه واما اذا كان احد البدلين بلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ومن ذلك ما اذا تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد فانه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية **قوله** واذا عدم الوصفان اذا ثبت ان علة الحرمة شيئان فاما ان يوجدا او يعدما او يوجد احدهما دون الآخر فالاول ما تقدم والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنسأ لعدم العلة المحرمة وتحقيقه ما اشار اليه بقوله والاصل فيه الاباحة يعني اذا كانت اصلا وقد تركت بوجود العلة التي هي القدر والجنس تظهر عند عدمهما لا ان العدم يثبت شيئا * واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسأ مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النسأ باحدهما حتى لو باع عبدا بعبد الى اجل لا يجوز لوجود الجنسية وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النسأ لان بالنقدية وعدمها لا تثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع من الجواز في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النسأ زيادة فائدة فان القدر ايضا كذلك فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص

ص ويمكن ان يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم يوجد عنده في صورة الجنس واما في صورة القدر فقد يوجد فانه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو ان التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ولنا ما قال المصنف رحمه الله من انه مال الربوا من وجه وتحقيقه ما ثبت ان في باب الربوا حقيقة وشبهة لا نزاع في ذلك والشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا لكانت حقيقة او مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة وما نحن فيه مما يجري فيه ربوا النسيئة مال الربوا من وجه نظرا الى ان القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير او الجنس كما في الهروي مع الهروي اذا كان احدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لايتم نصاب العلة الا بهما فلكل منهما شبهة العلية وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم والنقدية اوجبت فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا في محل صالح بعلة صالحة لها وشبهة الربوا مانعة كالحقيقة وفيه بحث من وجهين *احدهما ما قيل ان كونه من مال الربوا من وجه شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها والثاني ان كون شبهة الربوا كالحقيقة اما ان يكون مطلقا او في محل الحقيقة والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب ان تكون الشبهة كذلك والجواب عن الاول ان الشبهة الاولى في المحل والثانية في الحكم وثمه شبهة اخرى وهي التي في العلة وبشبهة العلة والمحل تثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة وعن الثاني ان القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا كما ان الحقيقة مانعة في محلها اذا وجدت العلة بكمالها فان قيل ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجانبين بالاحاديث التي تدل على كل واحد منهما كما استدل بعض الشارحين *بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما

(كتاب البيوع — * باب الربوا *)

ان النبي عليه السلام جهّز جيشا فامرني ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل للشافعي رح *
وبما روى ابو داؤد في السنن عن النبي عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الحيوان
بالحيوان نسيئة لنا فالجواب ان جهالة التاريخ وتطرق احتمال التاويلات منعاه عن ذلك
فان قيل اجماع الصحابة رضي الله عنهم على حرمة النساء فكان الاستدلال به اولى
من المذكور في الكتاب فالجواب ان الخصم ان سلم الاجماع فله ان يقول انهم اجمعوا
على حرمة النساء في كمال العلة لا في شبهتها وقوله الا انه اذا اسلم استثناء من قوله
فاذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء فان ذلك يقتضي عدم اسلام
النقود في الزعفران لوجود الوزن كاسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه
كالقطن والحديد لانه وان جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه
اما الاول فلان الزعفران يوزن بالامناء والنقود بالسنجات وهي معربة سنگ ترازو
ونقل عن الفراء ان السين افصح ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين
واما الثاني فلان الزعفران مثمن يتعين بالتعيين والنقود ثمن لا يتعين بالتعيين واما الثالث فلانه
لو باع بالنقود موازنة بان يقول اشتريت هذا الزعفران بهذا النقد المشار اليه على انه
عشرة دنانير مثلا وقبضها البائع صح التصرف فيها قبل الوزن ولو باع الزعفران بشرط انه
منوان مثلا وقبله المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن واذا اختلفا في الوزن
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة
فان الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن
والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة لا يقال لم يخرجا
بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لان اطلاق الوزني عليهما بالاشتراك
اللفظي ليس الا وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة * وفي عبارة
المصنف رح تسامح فانه قال فاذا اختلفا صورة ولم يختلفا معنى ولهذا قال شمس الائمة بل

بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكما الا اذا احمال قوله صورة على ان معناه صفة كما قال في اول التعليل في صفة الوزن فذاك اعتبار زائد على ما ذكره شمس الائمة رح وقال العراقيون في وجه ذلك انما جاز لان الشرع رخص في السلم والاصل في رأس المال هو النقود فلو لم يجز لوجود احد الوصفين لانسد باب السلم في الموزونات على ما هو الاصل والغالب فآثر الشرع الرخصة في التجويز وهذا ظاهر من الفرق قال شمس الائمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولسنا نقول به **قوله** وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل ما نص رسول الله عليه الصلوة والسلام على تحريم التفاضل فيه كيلا كالحنطة والشعير والتمر والملح فهو مكيل ابدا وان ترك الناس فيه الكيل وكل ما نص على التحريم فيه وزنا كالذهب والفضة فهو موزون ابدا لان النص اقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف والعرف ليس بحجة الا على من تعارف به والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على العرف لانها اي عادات الناس دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف رح اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك اي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت انما كان لان العادة فيه فكان المنظور اليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا جاز عنده اذا تعارفوا ذلك ولا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة لكن يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي رح لوجود الاسلام في معلوم فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن وذكر في التتمة انه

ذكر في المجرد عن اصحابنا رحمهم الله انه لايجوز فكان في المسئلة روايتان **قوله** وكل ماينسب
الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح نصف منّ والاواقي جمع اوقية كاثافي
واثفية قيل هي على وزن سبعة مثاقيل وذكر في الصحاح انه اربعون درهما والظاهر انها
تختلف بالزمان والمكان * وكل مايباع بالاواقي فهو وزني لانها قدرت بطريق الوزن
اذ تعديلها انما يكون بالوزن ولهذا يحتسب مايباع بالاواقي وزنا **قوله** بخلاف سائر
المكاييل متصل بقوله لانها قدرت يعني ان سائر المكاييل لم يقدر بالوزن فلا يكون للوزن
فيه اعتبار وعلى هذا اذا بيع الموزون بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل
في الوزن بمنزلة المجازفة ولو كان المبيع مكيلا جاز وانما قيد بقوله بمكيال لايعرف وزنه لانه
اذا عرف وزنه جاز قال في المبسوط وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ثم قال
يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل بالوزن الا انه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء
والسنجات في كل وقت لانه لا يستمسك الا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذ الرطل
لذلك تيسيرا فعرفنا ان كيل الرطل موزون فجاز بيع الموزون به والاسلام فيه بذكر الوزن
قوله وعقد الصرف ماوقع على جنس الاثمان عقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان وهي
النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس قوله يعتبر خبر ثان لقوله عقد الصرف ومعنى يعتبر يجب
لقوله عليه الصلوة والسلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وقد تقدم دلالته على الوجوب
وهاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء
فيتقابضان وفسره بقوله يدا بيد جرا الى افادة معنى التعيين كما تبين وما سوى جنس
الاثمان من الربويات يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام
اي في كل مطعوم سواء بيع بجنسه كبيع كر حنطة بكر حنطة او بغير جنسه ككر حنطة بشعير
او تمر فانه اذا افترقا لاعن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام
في الحديث المعروف يدا بيد والمراد به القبض لان القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية

كناية وبانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا كالحال
والمؤجل ولنا ان ما سواه مبيع متعين لانه يتعين بالتعيين وكل ما هو متعين لا يشترط
فيه القبض كالثوب والعبد والدابة وغيرها وهذا اي عدم اشتراط القبض فيما يتعين
لان الفائدة المطلوبة بالعقد انما هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على التعيين
فلا يحتاج الى القبض فان قيل لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف اجاب بقوله
بخلاف الصرف فان القبض فيه ليتعين به فان النقود لا تتعين في العقود وقوله ومعنى قوله
عليه السلام جواب عن استدلال الخصم بالحديث فانه اذا كان معناه عينا بعين لم يبق دليلا له
على القبض * والدليل على ذلك ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين ووجه الدلالة
ان اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالاجماع المركب
اما عندنا فلان الشرط هو التعيين دون القبض واما عنده فبالعكس فلا بد من حمل احدهما
على الآخر وقوله يدا بيد يحتمل ان يكون المراد به القبض لانه آلته كما تقدم وان يكون التعيين
لانه انما يكون بالاشارة باليد وقوله عينا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل
على المحكم ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك او الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يدا
بيد بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام لانا نقول جعلناه في الصرف
بمعنى القبض لان التعيين فيه لا يكون الا بالقبض فهو في معنى العين في المحال كلها
لكن تعيين كل شيء بحسبه ونوقض بانه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في اناء ذهب
بيع باناء مثله لئلا يلزم تعيين المعين فان الاناء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط
واجيب بانه وان تعين لكنه لما كان ثمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين والشبهة في الربوا
كالحقيقة فاشترط القبض دفعا لها واعترض بان ما ذكرتم انما هو على طريقكم في ان الاثمان
لا تتعين بالتعيين واما الشافعي رح فليس بقائل به فلا يكون ملزما والجواب انه ذكره
بطريق المذهب بالدلائل الدالة على ما عرف في موضعه وقوله وتعاقب القبض

جواب عن قوله ولانه اذالم يقبض في المجلس ووجهه ان المانع تعاقب يعد تفاوتا في المالية عرفاكما في النقد والمؤجل وماذكرتم ليس كذلك لان التجار لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد ان يكون حالا معينا **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين بيع العددي المتقارب بجنسه متفاضلا جاز ان كانا موجودين لانعدام المعيار وان كان احدهما نسيئة لا يجوز لان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قيل الجوز والبيض والتمر جعلت امثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنين اجيب بان التماثل في ذلك انما هو باصطلاح الناس على اهدار التفاوت فيعمل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان واما الربوا فهو حق الشرع فلا يعمل فيه اصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا * وخالفنا الشافعي رح فيه لوجود الطعم على ما مر **قوله** ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما بيع الفلس بجنسه متفاضلا على اوجه * بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما * وبيع فلس بغير عينه بفلسين باعيانهما * وبيع فلس بعينه بفلسين بغير اعيانهما * وبيع فلس بعينه بفلسين باعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع * اما الاول فلان الفلوس الرائجة امثال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على اهدار قيمة الجودة منها فيكون احد الفلسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في العقد وهو الربوا * واما الثاني فلانه لو جاز امسك البائع الفلس المعين وطلب الآخر فهو فضل خال عن العوض * واما الثالث فلانه لو جاز قبض البائع الفلسين ورد اليه احدهما مكان ما استوجبه في ذمته فبقي الآخر له بلا عوض * واما الوجه الرابع فجوزه ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق فلا فرق بينه وبين ما اذا كانا بغير اعيانهما وصار كبيع الدرهم بالدرهمين وبهذا يتبين ان الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو

لو قوبلت بخلاف جنسها كما اذا اشترى ثوبا بفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل
العقد كالذهب والفضة ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية لغيرهما
عليهما وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك واعترض عليه بانها
اذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تكون عروضا
ايضا باصطلاحهما اذا كان الكل متفقا على ثمنيتها سواهما واجيب بان الاصل في الفلوس
ان تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد على خلاف الاصل فلا يجوز
ان تكون ثمنا باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الاصل واما اذا اصطلحا على كونهما
عروضا كان ذلك على وفاق الاصل فكان جائزا وان كان من سواهما متفقين على الثمنية
وفيه نظر لانه ينافي قوله ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما
ويمكن ان يقال معناه ان الثمنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما * اوبشرط ان يكون من سواهما
متفقين على الثمنية واذا بطلت الثمنية فلعودها عروضا تتعين بالتعيين فان قيل اذا عادت
عروضا عادت وزنية فكان بيع فلس بفلسين بيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز اجاب
المصنف رح بقوله ولا يعود وزنيا لانهما بالاقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنين
اعرضا عن اعتبار الثمنية دون العد حيث لم يرجعا الى الوزن ولم يكن العد ملزوما
للثمنية حتى ينتفي بانتفائها فبقي معدودا * واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العد
بقوله اذ في نقضه يعني الاصطلاح في حق العد فساد العقد وفيه نظر لانه مدعى الخصم
ولو ضم الى ذلك والاصل حمله على الصحة كان له ان يقول الاصل حمل العقد
عليها مطلقا او في غير الربويات والاول ممنوع والثاني لا يفيد **قوله** فصار كالجوزة
بالجوزتين بيان لانفكاك العددية عن الثمنية وقوله بخلاف النقود جواب عن قوله
كبيع الدرهم بالدرهمين لانها للثمنية خلقة لا اصطلاحا فلا تبطل باصطلاحهما وقوله
بخلاف ما اذا جواب عما قال كما اذا كانا بغير اعيانهما فان ذلك لم يجز لكونه كالئا

بكالئ اي نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه وقوله وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه جواب عن القسمين الباقيين لان عدم الجواز ثمه باعتبار ان الجنس بانفراده يحرم النساء **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق بيع الحنطة بالدقيق والسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبهة الربوا لانها مكيلة والمجانسة باقية من وجه لانهما اي الدقيق والسويق من اجزاء الحنطة لان الطحن لم يؤثر الا في تفريق الاجزاء والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر زائلة من وجه لان اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدل الصورة واختلفت المعاني فان ما يبتغى من الحنطة لا يبتغى من الدقيق فانها تصلح لاتخاذ الكشك والهريسة وغيرهما دون الدقيق والسويق وربوا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجانسة من وجه دون وجه فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك فان قيل لا يخلوا اما ان يكون الدقيق حنطة اولا والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لا محالة والاول يوجب الجواز اذا كان متساويا كذلك اجاب بان المساواة انما تكون بالكيل والكيل غير مسوّ بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار كالمجازفة في احتمال الزيادة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل فان قيل حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساواة في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع ثبتت حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي على ما عرف واجيب بان حرمة الربوا تتناهى بالمساواة في الحقيقة او في الشبهة والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والاول مسلم لكن ما نحن فيه من الثاني ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساواة فلابد من تحققها وفيما نحن فيه لا يتحقق ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقق الشرط وهو وجود المسوّي * ومتساويا كيلا بكيل حال لان متداخلان لان العامل في الاول بيع وفي الثاني متساويا ويجوز ان يكونا مترادفين وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا * حكي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد

محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رح متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاؤها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعض بالآخر لقيام المجانسة من وجه فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض آخر وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ هو بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد ولا يحصل شئ من ذلك بالسويق بل المقصود به ان يلتّ بالسمن او العسل او يشرب بالماء وكذلك الاسم واذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد * والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة التي اكلها السوس * المقلية هي المشوية من قلى يقلي اذا شوى ويجوز مقلوة من قلا يقلو والعلكة هي الجيدة التي تكون كالعلك من صلابتها يتمدد من غير انقطاع والسوسة العتة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ومنه الحنطة المسوسة بكسر الواو المشددة **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان بيع اللحم بالحيوان على وجوه * منها ما اذا باعه بحيوان من غير جنسه كما اذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في اللحمان المختلفة على ما نبين * ومنها ما اذا باعه بحيوان بجنسه كما اذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط وهو جائز بالاتفاق اذا كانا متساويين في الوزن والا فلا * ومنها ما اذا باعه بجنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط وهو لا يجوز الا ان يكون اللحم المفصول اكثر وهو ايضا بالاتفاق * ومنها ما اذا باعه بجنسه حيا وهو مسئلة الكتاب وهو جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وغير جائز عند محمد رح الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا اما من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمن فصار كالحل اي الشيرج بالسمسم فانهما اذا باع الموزون

بماليس بموزون لان اللحم موزون لا محالة والحيوان لايوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بضرب قوة فيه فلا يدرى ان الشاة خففت نفسها او ثقلت بخلاف مسئلة الحل بالسمسم لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين النجير ويوزن النجير وهو ثفله * وهذا في الحقيقة جواب عما يقال ان السمسم لا يوزن عادة كالحيوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحيوان والذي يظهر من ذلك ان الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والنجير ولا يشمل اللحم والحيوان بحال وهذا لان الحل والسمسم يوزن ثم يميز النجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم والحيوان لايوزن في الابتداء حتى اذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والامعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم فكان بيع اللحم به بيع موزون بماليس بموزون وفي ذلك اختلاف الجنسين ايضا فان اللحم غير حساس والحيوان حساس متحرك بالارادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد ان يكون يدا بيد فان قيل اذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسيئة وههنا ليس كذلك اجيب بان النسيئة ان كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البدل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالاجماع ومثلا بمثل جوزه ابوحنيفة رح خاصة وقالا لا يجوز لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث سعد بن ابي وقاص رض حين سئل عن بيع الرطب بالتمر وقال اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا اي لا يجوز على تقدير النقصان بالجفاف * وفيه اشارة الى اشتراط المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك * وقوله فقال عليه السلام هو الدليل * ولابي حنيفة رح المنقول والمعقول اما الاول فلانه عليه السلام سمى الرطب تمرا حين اهدي رطبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا * وبيع التمر بمثله جائز لما رويناه من الحديث المشهور * واما المعقول فما روي ان

ان ابا حنيفة رح لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا شديدا عليه لمخالفته الخبر فاحتج
بان الرطب لا يخلوا اما ان يكون تمرا اولا فان كان تمرا جاز العقد باول الحديث يعني بقوله
عليه السلام التمر بالتمر وان لم يكن جاز بقوله اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه
حديث سعد رض فقال هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وهو ضعيف في النقلة واستحسن
اهل الحديث منه هذا الطعن سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور
واعترض بان الترديد المذكور يقتضي جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية اما ان تكون
حنطة فيجوز باول الحديث اولا تكون فيجوز بآخره فمنهم من قال ذلك كلام
حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق اسم التمر
عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى
ان تدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره ويجوز ان يقال انه حنطة وقوله
فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما كيلا ولا تثبت لان ابان العلي
صنعة يغرم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز ودرهم لا يقال ذلك راجع
الى التفاوت في الصفة وهو ساقط كالجودة لان التفاوت الراجع الى صنع الله تعالى
ساقط بالحديث واما الراجع الى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين الجيد والسيئة *
وكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والحنطة بالدقيق *
وكل تفاوت خلقي فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردي قوله وكذا العنب
بالزبيب يعني على هذا الخلاف بالوجه المذكور ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف
اشارة الى قوة دليل ابي حنيفة رح * وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغيرها *
وهذه الرواية تنفي قول من قال ان حجته انما تتم باطلاق اسم التمر عليه لان النص لما ورد
باطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ولم يرد باطلاق اسم
العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما في المقلية بغيرها والرطب بالرطب

يجوز متماثلا كيلا اي من حيث الكيل عندنا خلافا للشافعي رح لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال اعني عند الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق * ولنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فكان جائزا وكذلك بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة او الحنطة المبلولة بالمبلولة او الحنطة الرطبة بالمبلولة او باليابسة او التمر المنقع بالمنقع او الزبيب المنقع بالمنقع من انقع اذا القي في الخابية ليبتل وتخرج منه الحلاوة جائز عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لايجوز في جميع ذلك هو يعتبر المساواة في اعدل الاحوال في المآل وهو حال الجفاف ومفزعه حديث سعد رض وابو حنيفة رح يعتبرها في الحال عملا باطلاق الحديث المشهور وكذلك ابو يوسف رح الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه واحتاج محمد رح الى الفرق بين هذه الفصول يعني بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى آخرها وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في اعدل الاحوال وفيه في الحال ووجه ذلك ماذكره في الكتاب وحاصله ان التفاوت اذا ظهر مع بقاء البدلين او احدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المعقود عليه واذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البدلين فليس بمفسد اذ لم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يكون معتبرا ولقائل ان يقول هذا انما يستقيم اذا كان العقد واردا على البدلين بالتسمية واما اذا كان بالاشارة الى المعقود عليه فلا لان المعقود عليه هو الذات المشار اليها وهو لايتبدل **قوله** ولو باع البسر بيع البسر بالتمر متفاضلا لايجوز لانه تمر لما بينا ان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما تنعقد صورته وبيعه به متساويا من حيث الكيل يدا بيد جائز بالاجماع وبيع الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل سمي به لانه يسترما في جوفه بالتمر جائز متساويا ومتفاضلا يدا بيد لان الكفرى ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة **قوله** والكفرى عددي متفاوت قيل هو جواب سوال تقريره لو لم يكن تمرا لجاز اسلام التمر في الكفرى لكنه لم يجز وتقرير الجواب انه عددي متفاوت

قوله للجهالة فيه الاسلام فلا يجوز المالية في آحاده ويتفاوت والكبر بالصغر متفاوت

ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الابيض ويقال للعصير قبل ان يتغير شيرج وهو معرب شيره والمراد به ههنا ما يتخذ من السمسم * واعلم ان المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن * واذا لم يوجد الاول يعتبر الثاني ولهذا لم يجز بيع الحنطة بالدقيق * والزيت مع الزيتون من هذا النوع فاذا بيع احدهما بالآخر فلا يخلو اما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون اولا * والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالمحقق في هذا الباب * والاول اما ان يكون المنفصل اكثر اولا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيت والثجير وحده ان ساواه على تقدير ان يكون الثجير ذا قيمة * واما ان لم يكن كما في الزبد بعد استخراج السمن اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي حنيفة رح والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع * والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار ولقائل ان يقول السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والثجير * فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي * او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا للكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلثة اكرار حنطة وكر شعير او يكون احدهما اما الدهن او الثجير منظورا اليه فقط والثاني منتف عادة والاول يوجب ان لا يقابل الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك والجواب ان المنظور اليه هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا قوله صرفا لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك اذا كانا

منفصلين خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والتجير ليسا كذلك
واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله متساويا * فقيل لا يجوز لان القطن ينقص بالغزل فهو
نظير الحنطة بالدقيق * وقيل يجوز لان اصلهما واحد وكلاهما موزون * وان خرجا
من الوزن او خرج احدهما من الوزن لا باس ببيع واحد باثنين كذا في فتاوى قاضي خان
وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيف ما كان بالاجماع وهذا يخالف
ما روي عن محمد رح ان بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا **قوله**
ويجوز بيع اللحمان كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف
باختلاف الجنس كالبقر والجواميس والبخاتي والعراب والمعز والضأن فلا يجوز بيع
لحم احدهما بالآخر متفاضلا وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف
كالبقر والغنم والابل فيجوز بيع لحم احدهما بالآخر متفاضلا **قوله** وكذلك الالبان وعن الشافعي رح
ان المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتقوي فكان الجنس متحدا ولنا انها
فروع اصول مختلفة لما ذكرنا واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع ضرورة
كالادهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المطعومات
والتفكه في الفواكه والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ولا يشكل بالطيور فان بيع لحم بعضها
ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لان ذلك باعتبار انه لا يوزن عادة فليس بوزني
ولا كيلي فلم يتناوله القدر الشرعي وفي منله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا **قوله** اذا لم تتبدل
بالصنعة قيل مراده ان اتحاد الاصول يوجب اتحاد الفروع والاجزاء اذا لم تتبدل
الاجزاء بالصنعة فاذا تبدلت الاجزاء بالصنعة تكون مختلفة وان كان الاصل متحدا
كالهروي والمروي وفيه نظر لان كلامه في اختلاف الاصول لا في اتحادها فانما انه يقول
اختلاف الاصل يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم تتبدل بالصنعة واما اذا تبدلت فلا يوجبه
وانما يوجب الاتحاد فان الصنعة كما تؤثر في تغيير الاجناس مع اتحاد الاصل كالهروي مع

مع المروي مع اتحادهما فى الاصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف
الاصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص اذا كانت الفضة غالبة
فانها متحدة فى الحكم بالصنعة مع اختلاف الاصول **قوله** وكذا خل الدقل بخل العنب
الدقل هو اردى التمر وبيع خله بخل العنب متفاضلا جائز يدا بيد وكذا حكم سائر التمور
ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا اخرج الكلام على مخرج العادة* وانما جاز
التفاضل لاختلاف بين اصليهما ولهذا كان عصيراهما يعنى الدقل والعنب جنسين
بالاجماع وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد فجاز بيع احدهما بالآخر متفاضلا*
وهذا يشير الى ان اختلاف المقصود كالتبدل بالصنعة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل
فان المقصود هو المقصود فاختلافه يوجب التغير واختلاف المقصود فيهما ظاهر فان الشعر
يتخذ منه الحبال الصلبة والمسوح والصوف يتخذ منه اللبود والثياب لا يقال لو اختلف
الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لان المقصود منهما واحد
فكان الجنس متحدا لانا لا نسلم ذلك فان لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد
القصد اليهما والاولى ان يقال فلما اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد
الاصول ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الاصول * فالاصل ان يوجب
اختلاف الاصول اختلاف الاجزاء والفروع الا عند التبدل بالصنعة وان يوجب اتحاد
الاصول اتحاد الفروع الا عند التبدل بالصنعة او اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر
عليه نقض * ومن هذا يتبين انه مانع راجح فلا يعارضه اتحاد الاصل ويسقط ما قيل شعر
المعز وصوف الغنم بالنظر الى الاصل جنس واحد لما مر وبالنظر الى المقصود جنسان
فينبغي ان لا يجوز التفاضل بينهما فى البيع ترجيحا لجانب الحرمة لان المقصود راجح
قوله وكذا شحم البطن بالالية او باللحم يجوز متفاضلا لانها اجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا اما اختلاف الصور فلان الصورة ما يحصل منه

في الذهن عند تصوره ولا شك في ذلك عند تصور هذه الاشياء * واما اختلاف المعاني فلانه ما يفهم منه عند اطلاق اللفظ وهما مختلفان لا محالة * واما اختلاف المنافع فكافله الطب **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق بيع الخبز بالحنطة والدقيق اما ان يكون حال كونهما نقدين او حال كون احدهما نقدا والآخر نسيئة فانكان الاول جاز لانه صار عدديا او موزونا فخرج عن كونه مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل وعليه الفتوى وروي عن ابيحنيفة رح انه لا خير فيه اي لا يجوز * والتركيب للمبالغة في النهي لانه نكرة في سياق النفي فعم نفي جميع جهات الخير * وانكان الثاني فلا يخلوا ما ان يكون الحنطة والدقيق نسيئة او الخبز فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره * وان كان الثاني جاز عند ابي يوسف رح لانه اسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما نذكر قال المصنف رح والفتوى على قول ابي يوسف رح وهذا يعني عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح يعني قول ابي يوسف رح وانما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لئلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ولا خير في استقراضه عند ابي حنيفة رح عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة وبالخباز باعتبار حذقه وعدمه وبالتنور في كونه جديدا فيجيء خبزه جيدا او عتيقا فيكون بخلافه وبالتقدم والتاخر فانه في اول التنور لا يجيء مثل ما في آخره وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما وعند محمد رح يجوز استقراضه عددا او وزنا ترك قياس السلم فيه للتعامل وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده **قوله** ولا ربوا بين المولى وعبده لا ربوا بين المولى وعبده المأذون الذي لا دين عليه يحيط برقبته لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا لعدم تحقق الربوا به لوجوب البيع بحقيقته في دار الاسلام مشتملا على شرائط الربوا

الربوا دليل على عدم جواز البيع واذا كان عليه دين تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا للمولى عند ابيحنيفة رح وعندهما وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه **قوله** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستامن من اهل الحرب في دارنا فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع * ولابيحنيفة ومحمد رحمهما الله ما روى مكحول عن النبي عليه الصلوة والسلام انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ذكره محمد بن الحسن ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية والمسلم المستامن انما منع من اخذه لعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي ماله برضاه زال المعنى الذي خطر لاجله **قوله** بخلاف المستامن جواب عن قياسهما وتقريره ان المستامن منهم في دارنا لا يحل لاحد اخذ ماله لانه صار محظورا بعقد الامان ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة

* باب الحقوق *

قيل كان من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا ان المصنف رح التزم ترتيب الجامع الصغير المرتب فيما هو من مسائله وهناك هكذا وقع فكذا ههنا ولان الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع **قوله** ومن اشترى منزلا فوقه منزل ذكر ههنا اسماء المنزل والبيت والدار وفسرها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج الى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه **قوله** الدار اسم لما ادير عليه الحدود والبيت اسم لما يبات فيه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتماله على منزل الدواب واذا عرف هذا

فمن اشترى منزلا فوقه منزل لا يدخل الاعلى فى العقد الا ان يشتريه ويصرح بذكر
احدى هذه العبارات الثلث مثل ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت وذكر احدى العبارات الثلث لم يدخل الاعلى
ومن اشترى دارا بحدودها ولم يذكر شيئا من ذلك دخل فيه العلو والكنيف وهذا لان
الدار لما كان اسما لما ادير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل
واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص بذكره
والا لكان الشيء تابعا لمثله وهو لا يجوز ولا يشكل بالمستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف
باختلاف المستعمل والمكاتب فان له ان يكاتب لان المراد بالتبعية ههنا ان يكون اللفظ
الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لانه ليس بلفظ عام يتناول
الافراد اذ فرض المسئلة في معلوم ولا من لوازمه وليس فى الاعارة والكتابة ذلك فان
لفظ المعير اعرتك لم يتناول عارية المستعير اصلا لا تبعا ولا اصالة وانما ملك الاعارة لانها
تمليك المنافع ومن ملك شيئا جاز ان يملكه لغيره وانما لا يملك فيما يختلف باختلاف
المستعمل حذرا عن وقوع التغير به * والمكاتب لما اختص بمكاسبه كان احق بتصرف
ما يوصله الى مقصوده وفي كتابته عبده تسبب الى ما يوصله الى ذلك فكانت جائزة
واما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما اخذ حظا من الجانبين فلشبهه بالدار يدخل العلو
فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
في جميع ذلك اي الدار والبيت والمنزل لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وفيه
نظر لان الخلو وعدمه لم يكن له مدخل فى الدليل ويقال معناه ان البيت في عرفنا لا يخلو
عن علو وانه يدخل في عرفنا لان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول
متروكا بالعرف وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف

والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات فى السكة ومفتحه فى الدار كذا فى الجامع الصغير لقاضي خان رح * وفى المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب الابذكر ماذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند ابيحنيفة رح لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعند هما ان كان مفتحه فى الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا يعني من العبارات المذكورة لانه من توابعه فشابه الكنيف وقوله ان كان مفتحه فى الدار يضعف تعريف قاضي خان للظلة لانه جعل المفتح فى الدار **قوله** ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يذكر احدى العبارات المذكورة وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود لكنه من التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر التوابع اي بقوله كل حق نظرا الى الثاني بخلاف الاجارة فان الطريق يدخل في استيجار الدور والمسيل والشرب في استيجار الاراضي وان لم يذكر الحقوق والمرافق لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالدار بدون الطريق وبالارض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلا للفائدة المطلوبة منه واما البيع فلتمليك العين لا المنفعة ولهذا يجوز بيع ما لا ينتفع به فى الحال كالارض السبخة والمهر الصغير والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ووحد الضمير لكل واحد وبتأويل المذكور وقد يستأجرها ايضا وقد يكون مقصوده التجارة فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة المطلوبة والله اعلم بالصواب

* باب الاستحقاق *

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظا ومعنى **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده ومن اشترى جارية فولدت عنده لا باستيلاده فاستحقها رجل ببينة وانه

يأخذها وولدها وان اقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها * ووجه الفرق ما ذكره ان البينة
حجة مطلقة في حق الناس كافة ولهذا اذا اقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على
البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها
وتفرع عنها وهي مملوكته فيكون له واما الاقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير
يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار لان الاقرار اخبار والاخبار لا بد له من مخبر به والثابت
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر
ملك المستحق من الاصل ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على
بعض فلا يكون الولد له يعني اذا لم يدع المقر له الولد * اما اذا ادعى الولد كان له
لان الظاهر شاهد له كذا في النهاية نقلا عن التمرتاشي ثم اذا قضي بالام للمستحق بالبينة
هل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا ام لا * قيل يدخل لتبعيته لها * وقيل يشترط القضاء بالولد
على حدة لانه يوم القضاء منفصل عن الام فكان مستبدا فلا بد من الحكم له قيل وهو الاصح
لان المسائل تشير الى ذلك قال محمد رح اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد
لم تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالام
لا يكون قضاء بالولد **قوله** ومن اشترى عبدا فاذا هو حر رجل قال لآخر اشترني فانى
عبد فاشتراه فاذا هو حر فلا يخلو اما ان يكون البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة واما ان يكون
غائبا غيبة منقطعة لا يدرى اين هو فان كان الاول فليس له على العبد شيء وان كان الثاني
رجع المشتري على العبد والعبد على البائع * وان لم يقل اشترني او قال ذلك ولم يقل
اني عبد ليس على العبد شيء في الوجهين * وان قال ارتهني فاني عبد فوجده حرا لم يرجع
المرتهن على العبد بشيء سواء كان الراهن حاضرا او غائبا اية غيبة كانت وعن
ابي يوسف رح انه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لان الرجوع في هذا العقد
اما ان يكون بالمباشرة او بالكفالة وليس شيء منهما بموجود وانما الموجود هو الاخبار

هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية
ولهما ان المشتري اعتمد في شراءه على امره بقوله اشترني واقراره بالعبودية بقوله فاني عبد
اذ القول قوله في الحرية فحين اقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء
بامر الغير واقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض
جعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا
عبدي وقد اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون
على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد
بظهور حريته اهل للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للضرر
ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه **قوله** والبيع عقد معاوضة انما صرح به مع كونه معلوما
من قوله ان المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان
اختصاص موجبية الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا ان الرجل اذا سأل غيره
عن امن الطريق فقال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فاذا فيه لصوص سلبوا امواله
لم يضمن المخبر شيئا لما انه غرور فيما ليس بمعاوضة وكذلك لو قال كل هذا الطعام فانه
غير مسموم فاكل فظهر بخلافه لكونه تغريرا في غير المعاوضة * واذا عرف هذا ظهر الفرق
بين البيع والرهن فانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن
ببدلي الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء ولو كان معاوضة لكان استبدالا
برأس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام واذا لم يكن معاوضة فلا يجعل الامر به
ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعتبر بقوله فلا يتحقق الغرور ثم في وضع المسئلة
ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رح وهو ان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض
يفسد الدعوى والعبد بعد ما قال اشترني فاني عبد لما ان يدعي الحرية اولا فالاول
تناقض والثاني ينتفي به شرط الحرية والجواب ان قول محمد رح فاذا العبد حر يحتمل

حرية الاصل والحرية بعتاق عارض فان اراد الاول فله وجهان * احدهما ما قاله عامة المشائخ رحمهم الله ان الدعوى ليس بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الام لان الشهود في شهادتهم يحتاجون الى تعيين الام وفي ذلك تحريمها وتحريم اخواتها وبناتها فانه اذا كان حرا الاصل كان فرج الام على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى والدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة واذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا * والثاني ما قاله بعض المشائخ ان الدعوى وان كانت شرطا في حرية الاصل ايضا عنده لكنه يعذر في التناقض لخفاء حال العلوق وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما يذكر * وان اراد الثاني فله الوجه الثاني وهو ان يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لبنائه على الخفاء اذ المولى يستبد به فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع فانها تقبل منها لان الزوج يتفرد بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت وانما قيد بالثلث لان فيما دونه امكن ان يقيم الزوج بينة انه قد تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتته المرأة ببينتها قبل يوم او يومين واما في الثلث فلا يمكن ذلك وكذلك المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد اقامتهما البينة على ما ادعياه **قوله** ومن ادعى حقا في دار ومن ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه اذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار ولم يسلم فتنقسم المائة لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة قالوا ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار لا تصح

لا تصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة والله اعلم بالصواب

* فصـــــــــل في بيع الفضولي *

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لان بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق لان المستحق انما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فانما باعك بغير اذني فهو عين بيع الفضولي * والفضولي بضم الفاء لاغير والفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء خطاء **قوله** ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو مذهب مالك رح واحمد رح في رواية وقال الشافعي رح في الجديد وهو رواية عن احمد لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا ينعقد لان الانعقاد لا يكون الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اما انه تصرف تمليك من قبيل اضافة العام الى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك وانما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لان التمليك من غير المالك لا يتصور فان قيل تصرف التمليك شرع لاجل التمليك فان المراد بالاسباب الشرعية احكامها فاذا لم يفد التصرف التمليك كان لغوا فالجواب ان الحكم يثبت بقدر دليله وهذا التصرف لما كان موقوفا لما ذكرنا افاد حكما موقوفا كما ان السبب البات افاد حكما باتا وان السبب انما يلغو اذا خلا عن الحكم واما اذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار * واما صدوره من الاهل فلان اهلية التصرف بالعقل والبلوغ * واما المحل فلان محل البيع هو المال المتقوم وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم الا يرى انه اذا باعه باذن المالك جاز والاذن لا يجعل غير المحل محلا * واما وجوب

القول بانعقاده فلان الحكم عند تحقق المقتضي لا يمنع الا لمانع والمانع منتف لان المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين الاجازة والفسخ وله فيه منفعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن واما الفضولي فلان فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظاهر فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه المنافع فان قيل القدرة بالملك او بالاذن ولم يوجدا اجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله عليه الصلوة والسلام لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذا العجز عن التسليم الا ترى ان بيع الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك فيهما فالجواب ان قوله لا تبع نهي عن البيع المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة والدليل على ذلك ما روى الكرخي في اول كتاب الوكالة قال حدثنا ابراهيم قال حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال حدثنا سفيان عن شبيب بن عروة قال اخبرنا الحسن عن عروة البارقي رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام اعطاه دينارا ليشتري به اضحية فاشترى شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى ترابا ربح فيه لا يقال عروة البارقي كان وكيلا مطلقا بالبيع والشراء لانه دعوى بلا دليل اذ لا يمكن اثباته بغير نقل والمنقول انه عليه الصلوة والسلام امره ان يشتري له اضحية ولو كان لنقل على سبيل المدح له فان قيل هل يجوز شراء الفضولي كبيعه اولا اجيب بان فيه تفصيلا وهو ان الفضولي ان قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي اشتريت لاجله او قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف * وان قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت او قال

او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت لايتوقف على اجازة فلان لانه
وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة الى الايقاف على رضى الغير *
وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك بخلاف البيع فانه لم يجد نفاذا
على غير المالك ولم ينفذ في حق المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى الغير * والى
هذا الوجه اشار المصنف رح بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الاجازة وقوله وله اي للمالك
الاجازة اعلم ان الفضولي اما ان يبيع العين بثمن دين كالدراهم والدنانير والفلوس
والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه واما ان يبيع بثمن عين * فان كان الاول فللمالك
الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما فان اجاز حال قيام الاربعة جاز
البيع لماذكران الاجازة تصرف في العقد فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه فكانت الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك
للمالك امانة في يد الفضولي * وان كان الثاني فيحتاج الى قيام خمسة اشياء ماذكرنا
من الامور الاربعة وقيام ذلك العرض ايضا والاجازة اللاحقة اجازة نقد بان ينقد البائع
ما باعه ثمنا لما ملكه بالعقد لا اجازة عقد لان العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك
له وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لان الثمن اذا كان عرضا صار البائع
من وجه مشتريا والشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لايتوقف على الاجازة وكما ان
للمالك الفسخ فكذا لكل من الفضولي والمشتري لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي
فله ان يتحرز عن التزام العهدة بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل
لان الحقوق لا ترجع اليه وهو فيه معبر واذا عبر نقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو
فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ ولو هلك المالك لاينفذ باجازة الوارث في الفصلين
اي فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة
غيره واستشكل بما اذا تزوجت امة لرجل قد وطئها بغير اذنه فمات المولى قبل الاجازة

وورثها ابنه فان النكاح يتوقف على اجازة الابن فان اجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث واجيب بان عدم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لانه يبطله وههنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الاب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث اذ هو قائم مقام المورث حتى لو لم تكن موطوءة الاب بطل نكاحها ولو اجاز المالك في حيوته ولم يعلم حال المبيع من حيث الوجود والعدم جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك فان قيل الشك هو ما استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح اذ الاصل البقاء ما لم يتيقن بالمزيل وههنا لم يتيقن اجيب بان الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة ونحن ههنا نحتاج الى ثبوت الملك في المعقود عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة **قوله** ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري قيل جرت المحاورة في هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حين عرض عليه هذا الكتاب قال ابو يوسف رح ما رويت لك عن ابي حنيفة رح ان العتق جائز وانما رويت لك ان العتق باطل وقال محمد رح بل رويت لي ان العتق جائز وصورتها ما ذكره في الكتاب ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد الملك في الحال وما ثبت في الآخرة فهو مستند وهو ثابت من وجه دون وجه وذلك غير مصحح للاعتاق اذ المصحح له هو الملك الكامل المدلول عليه باطلاق ما روينا ولا يشكل بالمكاتب فان اعتاقه جائز وليس الملك فيه كاملا لان محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه واستوضح المصنف رح بفروع تونس ذلك وهو قوله ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم

ثم يؤدي الضمان وهو راجع الى قوله لانه لا عتق بدون الملك وقوله ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وهو راجع الى قوله والموقوف لا يفيد الملك وقوله وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق ينبغي ان يكون كذلك مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا يرى ان الغاصب اذا باع ثم ضمن نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه واذا لم ينفذ ما هو اسرع نفوذا فلان لا ينفذ غيره اولى وقوله وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك فيه يثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان يثبت موقوفا على ملك موقوف وينفذ بنفاذه اما انه ثبت فلوجود المقتضي وهو التصرف المطلق الموضوع لافادة الملك ولانتفاء المانع وهو الضرر واما انه موقوف فلما تقدم واما ان الاعتاق يجوز ان يتوقف على ذلك فبالقياس على اعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا في بيع موقوف وبالقياس على اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون فانه يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وهذا ابعد من الاول ذكره المصنف رح للاستظهار به واحترز بقوله المطلق عن البيع بشرط الخيار وبقوله موضوع لافادة الملك عن الغصب فانه ليس بموضوع لافادة الملك وعلى هذا يخرج جواب محمد رح عن المسائل المذكورة فان اعتاق الغاصب انما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لان الغصب غير موضوع لافادة الملك قال في النهاية وبهذا التعليل لا يتم ما ادعاه فانه يرد عليه ان يقال لما كان غير موضوع لافادة الملك وجب ان لا ينفذ بيعه ايضا عند اجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند اجازة المالك لان كلا من جواز البيع وجواز العتق يحتاج الى الملك والملك ههنا بالاجازة ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط وقال وهذا بخلاف الغاصب اذا اعتق ثم ضمن القيمة لان المستند به حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك

يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وههنا الثابت للمشتري
من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة ولو قدر في كلام
المصنف رح مضاف اي غير موضوع لافادة حقيقة الملك لتساوي الكلامان * على انه
ليس بوارد لان البيع لا يحتاج الى ملك بل يكفي فيه حكم الملك والغصب يفيده وقوله
بخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع جواب عن المسئلة الثانية فان البيع بالخيار
ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام فان قوله على اني بالخيار مقرون بالعقد نصا وقران الشرط
بالعقد يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط فينعقد بها عال العقد ولكن يكون في حق الحكم
كالمعلق بالشرط والمعلق به معدوم قبله وقوله وبخلاف المشتري من الغاصب جواب
عن الثالثة ووجهه ما قال لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك
موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد
وفيه بحث من وجهين الاول ان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيع الغاصب
جائزا وان طرأ الملك الذي يثبت للغاصب باداء الضمان على ملك المشتري الذي
اشترى منه وهو موقوف الثاني ان طرؤ الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا
عن الموقوف لان الدفع اسهل من الرفع لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فان ملك
المالك بات فكان يجب ان يمنع بيع الفضولي وليس كذلك واجيب عن الاول بان ثبوت
الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى الى ابطال حق المشتري وعن الثاني بان البيع
الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي والمنع انما يكون بعد الوجود واما
المالك اذا اجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فابطل الموقوف لما ذكرنا
ان الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد وفيه نظر لان ما يكون بعد الوجود
رفع لا منع وفي الحقيقة هو مغالطة فان كلامنا في ان طرؤ الملك البات يبطل الموقوف
وليس ملك المالك طاريا حتى يتوجه السؤال وقوله اذا ادى الغاصب الضمان جواب

جواب عن الرابعة وتقريره اما اذا ادى الغاصب الضمان فلا نسلم ان اعتاق المشتري منه لاينفذ بل ينفذ كذا ذكره هلال رح في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى قال المصنف رح وهو الاصح ولئن سلم فنقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لايستند للغاصب كما تقدم فكيف يستند لمن يتملكه من جهته فلهذا لاينفذ عتقه وههنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد **قوله** فاذا قطعت يد العبد اذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب فاخذ المشتري ارشها ثم اجاز المالك البيع فالارش للمشتري لان الملك بالاجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فتبين ان القطع حصل على ملكه فيكون الارش له وعلى هذا كل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد وكسب فان لم يسلم المالك البيع اخذ جميع ذلك معها لان ملكه بقي متقررا فيها والكسب والارش والولد لايملك الايملك الاصل واعترض بما اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لايملك الارش وان ملك المضمون وبالفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر للزوج فاجاز صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة واجيب عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع بثبوته من وقت الاداء فلا يملك الارش لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب ان يجعل معلقا بالشرط لاسببا من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب الا فيما لايحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه الى وقت الاجازة فعند ها يثبت الملك

من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة
فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة وهذه اي كون الارش
للمشتري حجة على محمد رح في عدم تجويزه الاعتاق في الملك الموقوف لما انه لو لم يكن
للمشتري شيء من الملك لما كان له الارش عند الاجازة كما في الغصب حيث لا يكون له
ذلك عند اداء الضمان والعذر اي الجواب له عن هذه الحجة ان الملك من وجه كاف
لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد رقيقا فان الارش للمولى
وكما اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجاز البيع فان الارش للمشتري
لثبوت الملك من وجه بخلاف الاعتاق يعني لا ينفذ اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار
للبائع على ما مر وهو قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق
وقران الشرط به يمنع انعقاده كذا في النهاية * وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش يعني ان اعتاق المشتري من الغاصب بعد الاجازة
لا ينفذ عند محمد رح لان المصحح للاعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه *
وقوله على ما مر اشارة الى قوله والمصحح للاعتاق هو الملك الكامل لان هذا اقرب
ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه لان ارش اليد الواحدة في الحر
نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن
فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك لان الملك يثبت
يوم قطع اليد مستندا الى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح
الحاصل به * وفي الكافي ان لم يكن المبيع مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد
على نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان
اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما
يثبت الملك بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه وهذا كما ترى توزيع الوجهين

الوجهين في الكتاب على الاعتبارين فان باعه المشتري من آخر يعني ان باع المشتري
من الغاصب من شخص آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا
ان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات والملك البات اذا طرأ على ملك موقوف لغيره
ابطله ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به
قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي ايضا لانه يحتمل ان
يجيز المالك بيعهما وان لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفا واجيب بان غرر
الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم فبالنظر الى الغرر
يفسد وبالنظر الى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما لا يقال الغرر محرم
فيترجح لان الصحة في العقود اصل فعارضته * على ان اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار
المتروك اجماعا وهو ان لا يصح بيع اصلا لا سيما في المنقولات لاحتمال الفسخ بعد الانعقاد
بهلاك المبيع قبل القبض واما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسالم عما يعارضه اذ المشتري
الاول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فيتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينعقد
بخلاف الاعتاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه لا يؤثر فيه الغرر الا يرى
ان البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ والاعتاق قبل القبض يصح
قوله فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل اي فان لم يبعه المشتري من الغاصب
فمات في يده او قتل ثم اجاز المالك البيع اي بيع الغاصب لم يجز بالاتفاق لما ذكرنا
ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لامتناع ايجاب البدل
للمشتري بالقتل فلا يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابله البدل
لان ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح ان يكون مقابلا بالبدل بخلاف البيع الصحيح فانه
اذا قتل المبيع قبل القبض لا ينفسخ لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب
البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه وهو القيمة والمشتري بالخيار فان اختار البدل

كان البدل للمشتري **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره رجل باع عبد رجل بغير امره فقال المشتري اردّ البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البائع ذلك فاقام المشتري البينة ان رب العبد او البائع اقر انه لم يأمر البائع ببيعه لا تقبل بينته لانها تبنى على صحة الدعوى فان صحت الدعوى صحت البينة والا فلا وههنا بطلت الدعوى للتناقض لان اقدام المشتري دليل على صحة الشراء وان البائع ملك المبيع ثم دعواه بعد ذلك انه باع بغير امره دليل على عدم صحة الشراء وان البائع لم يملك المبيع فحصل التناقض المبطل للدعوى المستلزمة صحتها لقبول البينة وان اقر البائع بذلك اي انه باعه بغير امره بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار الا يرى ان من انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا يتعدى الى حق الغير فاذا ساعده المشتري على ذلك فتحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض وذكر المصنف رح مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير وتصويرها ما قيل رجل ادعى على المشتري بان ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم اقام البينة على البائع انه اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وانْ تناقض في دعواه قال وفرقوا اي المشائخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات بان العبد في هذه المسئلة اي في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع وفي تلك اي في مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لوجدان شرطه قيل في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات ايضا في ان العبد في يد المشتري ولئن سلمنا انه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال ان المشتري اقام البينة على اقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض فقبلت البينة * قال صاحب النهاية ولم يتضح لي

لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز ان يكون المشتري اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع بعد م الامر ثم ظهر له ذلك بان قال عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم * والواضح في الفرق ماذكره المصنف رح على ما قررنا وما قيل ان التناقض المبطل للدعوى باق تجاب عنه بان المشتري غير متناقض من كل وجه لانه لاينكر العقد اصلا ولا ملك الثمن للبائع فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك وانما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجه دون وجه فجعلناه متناقضا في مسئلة الجامع الصغير لانه لايفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله متناقضا في الفصل الثاني لانه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره فكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه **قوله** ومن باع دار الرجل قيل معناه باع عرصة غيره بغير امره وادخلها المشتري في بنائه قيل يعني قبضها وانما قيد بالادخال في البناء اتفاقا فالم يضمن البائع اي قيمة الدار عند ابيحنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة غصب العقار على ما سيأتي ان شاء الله تعالى

باب السلم

لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك * وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض احد العوضين فهو بمنزلة المفرد من المركب وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع يعجل فيه الثمن * وفي اصطلاح الفقهاء هو اخذ عاجل بآجل قيل هو المعنى اللغوي الا ان في الشرع اقترنت به زيادة شرائط ورد بان الساعة اذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك * وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم لآخر

(كتاب البيوع ــــ * باب السلم *)

اسلمت اليك عشرة دراهم في كرحنطة او اسلفت فقال الآخر قبلت ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم اليه والحنطة المسلم فيه * ولو صدر الايجاب من المسلم اليه والقبول من رب السلم صح وشرائط جوازه ستذكر في اثناء كلامه **قوله** السلم عقد مشروع بالكتاب السلم عقد مشروع دلّ على ذلك الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ اِلَى اَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ معناه اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى الاعلام بان من حق الاجل ان يكون معلوما * ووجه الاستدلال ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه اشهد ان الله احل السلف المضمون وانزل فيها اي في السلف على تاويل المداينة اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الاية فان قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به قلنا عموم اللفظ يتناوله فكان الاستدلال به * وقوله المضمون صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا اذ معناه الواجب في الذمة واما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم انه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لانه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه لكنا تركناه بالنص **قوله** وهو جائز في المكيلات والموزونات السلم جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والوجوب ينصرف الى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لا محالة فان قيل من اسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى قل ان كان للرحمن ولد فانا اول العابدين فالجواب ان الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع وانما الحديث يستدل به على جوازه في المكيلات والموزونات والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا يكون ثمنا فلا يكون مثمنا ولا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني والاول قول عيسى

عيسى بن ابان والثاني قول ابي بكر الاعمش * وهذا الاختلاف فيما اذا اسلم حنطة او غيرها
من العروض في الدراهم والدنانير ليمكن ان يجعل بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على انهما
قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم * واما اذا كان كلاهما من الاثمان بان اسلم عشرة دراهم
في عشرة دراهم او في دينار فانه لا يجوز بالاجماع وما ذكره عيسى اصح لان التصحيح
انما يجب في محل اوجبا العقد فيه وهما اوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان
لا يصح تصحيحه لانها لا تكون مثمنا وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون
صحيحا **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها اي وكجواز السلم في المكيلات
والموزونات جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناط الحكم وهو
امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز الحاقها بهما * وعلى هذا
التقرير سقط ما قيل الشيء انما يلحق بغيره دلالة اذا تساويا من جميع الوجوه وليس
المذروع مع المكيل والموزون كذلك لتفاوتهما فيما هو اعظم وجوه التفاوت وهو كون
المذروع قيميا وهما مثليان لان المناط هو ما ذكرنا ان الجهالة المفضية الى النزاع ترتفع
بذلك دون كونه قيميا او مثليا فان قيل الدلالة لا تعمل اذا عارضها عبارة وقد عارضها
قول النبي عليه الصلوة والسلام لا تبع ما ليس عندك فانه عبارة اختصت منه المكيلات
والموزونات بقوله من اسلم منكم الحديث فبقي ما وراءهما تحت قوله لا تبع فالجواب
انا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لان القران شرطه وهو ليس بموجود سلمناه ولكنه
عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة وكذا في المعدودات المتقاربة
وهي التي لا تتفاوت آحادها كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط
الوصف مقدور التسليم فكان مناط الحكم موجودا كما في المذروع فجاز السلم فيه الحاقا
بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت فانه قلما
يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده

تفاوتا فاحشا فصار الضابط في معرفة العددي المتفاوت تفاوت الآحاد في المالية دون
الانواع وهذا هو المروي عن ابي يوسف رح ويؤيد ذلك ما روي عن ابي حنيفة رح
ان السلم لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها اي
في المعدودات المتقاربة عددا يجوز كيلا وقال زفر رح لا يجوز كيلا لانه عددي لا كيلي وعنه
انه لا يجوز عددا ايضا لوجود التفاوت في الآحاد ولنا ان المقدار مرة تعرف بالعد واخرى
بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما فجاز اهداره
والاصطلاح على كونه كيليا **قوله** وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس
عددا ذكره في الجامع الصغير مطلقا من غير ذكر خلاف لاحد وقيل هذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله واما عند محمد رح لا يجوز لانها اثمان والسلم في الاثمان لا يجوز ولهما ان
الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما ابطالها باصطلاحهما
فاذا بطلت الثمنية صارت مثمنا يتعين بالتعيين فجاز السلم وقد ذكرناه في باب الربوا في مسئلة
بيع الفلس بالفلسين ومن المشائخ من قال جواز السلم في الفلوس قول الكل وهذا القائل يحتاج
الى الفرق لمحمد رح بين البيع والسلم وهو ان كون المسلم فيه مثمنا من ضرورة جواز السلم
فاقدامهما على السلم تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثمنا وليس من ضرورة
جواز البيع كون المبيع مثمنا فان بيع الاثمان بعضها ببعض جائز فالاقدام على البيع
لا تضمن ابطال الاصطلاح في حقهما فبقي ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد بالاثنين **قوله**
ولا يجوز السلم في الحيوان وهو لا يخلو اما ان يكون مطلقا او موصوفا والاول لا يجوز
بلا خلاف والثاني لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس
كالابل والسن كالجذع والثني والنوع كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال
والتفاوت بعد ذلك ساقط لقلته فاشبه الثياب وقد ثبت ان النبي عليه الصلوة والسلام امر
عمرو بن العاص ان يشتري بعيرا ببعيرين في نحر الجيش الى اجل وانه عليه الصلوة

الصلوة والسلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من الاستقراض ولنا ان بعد ذكر الاوصاف التي اشترطها الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فقد يكون فرسان متساويين في الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة المنافية لوضع الاسباب بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت تفاوتا فاحشا بعد ذكر الاوصاف وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربوا او كان في دار الحرب ولا ربوا بين المسلم والحربي فيها وتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله عليه الصلوة والسلام بدليل انه قضاه من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك **قوله** وقد صح يجوز ان يكون اشارة الى جواب مايقال التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لايوجد في العصافير والحمامات التي توكل وان السلم فيها لا يجوز عندكم وتقريره ان عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فانه يجوز في الديباج دون العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنة لايقال النهي عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع لان محمد بن الحسن ذكر في اول كتاب المضاربة ان ابن مسعود رضي الله عنه رفع مالا مضاربة الى زيد بن خليدة فاسلمها زيد الى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة فقال ابن مسعود اردد مالنا لا تسلم اموالنا وهو دليل على انه لم يكن المنع لكونه مطلقا لان القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا لايقال في كلام المصنف رح تسامح لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم واما الدليل على ذلك فهو السنة **قوله** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع ولا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالرؤس والاكارع

والكراع مادون الركبة من الدواب والاكارع جمعه لانه عددي متفاوت لامقدر له ولافي جلوده لانها تباع عددا وهي عددية فيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها الى المنازعة ولايتوهم انه يجوز وزنا لقيده عددا لان معناه انه عددي فحيث لم يجز عددا لم يجز وزنا بالطريق الاولى لانه لايوزن عادة وذكر في الذخيرة وان بين للجلود ضربا معلوما يجوز وذلك لانتفاء المنازعة ح ولافي الحطب حزما لكونه مجهولا من حيث طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك جاز كذا في المبسوط ولافي الرطبة جرزا بجيم مضمومة بعدها راء مفتوحة وزاي وهي القبضة من القت ونحوه للتفاوت الا اذا عرف ذلك ببيان طول ما يشد به الحزمة انه شبرا وذراع فانه يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت

قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا فحينئذ وجود المسلم فيه من حين العقد الى حلول الاجل شرط جواز السلم عندنا وهذا ينقسم الى ستة اقسام قسمة عقلية حاصرة وذلك لانه اما ان يكون موجودا من حين العقد الى المحل او ليس بموجود اصلا او موجودا عند العقد دون المحل او بالعكس او موجودا فيما بينهما او معدوما فيما بينهما والاول جائز بالاتفاق والثاني فاسد بالاتفاق والثالث كذلك والرابع فاسد عندنا خلافا للشافعي رح والخامس فاسد بالاتفاق والسادس فاسد عندنا خلافا لمالك والشافعي رح له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وهو حجة على الشافعي رح فانه عليه الصلوة والسلام شرط لصحته وجود المسلم فيه حال العقد ولان القدرة على التسليم انما يكون بالتحصيل فلابد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل والمنقطع وهو ما لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وان وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكتساب وهذا حجة عليهما واعترض بانه اذا كان عند العقد موجودا كفى مؤنة الحديث واذا وجد عند المحل كان مقدور التسليم فلامانع عن الجواز واجيب بان القدرة انما تكون موجودة اذا

اذا بقي العاقد حيا الى ذلك الوقت حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيبه وفي ذلك شك ورد بان الحيوة ثابتة فتبقى واجيب بان عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيبقى فان قيل بقاء الكمال في النصاب ليس بشرط في اثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك اجيب بان وجوده كالنصاب وجوده لا كماله ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك **قوله** ولوانقطع بعد المحل يعني اسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز عن التسليم طارٍ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم فان المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في الذمة وهو باق ببقائها كالعبد الآبق * وفي قوله العجز الطارئ على شرف الزوال اشارة الى جواب زفر رح عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكذلك ههنا ووجهه ان العجز عن التسليم اذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لانه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا **قوله** ويجوز السلم في السمك المالح السلم في السمك عددا لا يجوز طريا كان او مالحا للتفاوت ووزنا اما ان يكون في المالح او الطري فان كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقدور التسليم لعدم انقطاعه وان كان في الطري ان كان في حينه جاز كذلك وان كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقدور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز * وروي عن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والهزال * ووجه الرواية الاخرى ان السمن والهزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح والامعتبر بقول الراجز * بصرية تزوجت بصريا * يطعمها المالح والطريا * لانه مولد لا يوخذ بلغته قال الامام الزرنوخي كفى بذلك

جحة للفقهاء **قوله** ولا خير في السلم في اللحم خير نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي انواع الخير بعمومه ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة قال ابوحنيفة رحمه الله لا يجوز السلم في اللحم وقالا اذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل فان قيل لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم اجاب بقوله لانه لا يمكن وصف موضع منه وهذا يشير الى ان عدم الجواز فيه متفق عليه * وفي تعليله تامل لانه ان لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بان يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمنه وهزاله وسنه ومقداره * ومن المشائخ من حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان بسبب انه اسلم في المنقطع والسلم في مثله غير جائز عندهم اتفاقا وان ذكر الوزن فاما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل لان ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم السمك واليه مال شيخ الاسلام وهذا وجه ترجيح المقال * ولابي حنيفة رح طريقان احدهما ان اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود الا يرى انه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدسيس والنزع فكان المقصود مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن * وهذا يقتضي جوازه في منزوع العظم وهو مختار محمد بن شجاع * والثاني ان اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلأ وكثرته والسلم لا يكون الا مؤجلا ولا يدرى انه عند المحل على اي صفة تكون وهذه الجهالة مفضية الى النزاع ولا ترتفع بالوصف وهذا يقتضي عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الاصح قوله والتضمين بالمثل جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان فيه رعاية الصورة والمعنى والقبض

والقبض يعاين يعني ان الاستقراض حال فيعرف حال المقبوض ولا يفضي الجهالة الى المنازعة والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع به الجهالة فلا يكتفى به **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا السلم الحال لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رح استدل باطلاق رخص في السلم لا يقال مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلوة والسلام الى اجل معلوم لما ذكره ولنا قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فان قيل معناه من اراد سلما مؤجلا فليسلم الى اجل معلوم وبه نقول والحصر ممنوع وحينئذ لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فانه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم ان كان كيليا ووزن معلوم ان كان وزنيا فيقدر الى اجل معلوم ان كان مؤجلا فالجواب ان قضية العقل كفت مؤنة التمييز فلا حاجة الى التقدير لانه خلاف الاصل سلمناه ولكن لا يلزم من تحمل المحذ ور لضرورة تحمله لا لضرورة ولا ضرورة في التقدير في الاجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيتحمل التقدير لاجله لان قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي انما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال على ان سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الاجل فلم يتأمل ولان السلم شرع رخصه لدفع حاجة المفاليس اذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الانسان وما شرع لذلك لا بد ان يثبت على وجه تندفع به حاجة المفاليس والا لم يكن مفيدا لما شرع له والسلم الحال ليس كذلك لان دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم اليه فيه اما ان يكون قادرا على التسليم في الحال او لا فان كان الاول فلا حاجة فلا دفع فلا رخص فبقي على المنافي وان كان الثاني فلا بد من الاجل ليحصل فيسلم والا لادى الى النزاع المحوج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل لو كانت شرعيه السلم لما ذكرتم

لما جاز ممن عنده اكرار حنطة اجيب بان السلم لا يكون الا بادنى الثمنين وهو دليل على العدم وحقيقته امر باطن لايطلع عليه فاقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر **قوله** ولا يجوز الا باجل معلوم اذا ثبت اشتراط الاجل في السلم لابد من كونه معلوما لما روينا وبالمعقول وهو ان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدها واختلف في ادنى الاجل فقيل ادناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الايمان حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر ومافوقه في حكم الآجل وقيل ثلثة ايام وهو ماذكره احمد بن ابي عمران البغدادي استاد الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله اعتبارا بخيار الشرط وليس بصحيح لان الثلث ثمّه بيان اقصى المدة فاما ادناه فغير مقدر وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ماكان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولايبقى المجلس بينهما في العادة اكثر من نصف يوم وبه قال ابوبكر الرازي والاول اصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولماذكرنا من كتاب الايمان **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه اذا لم يعلم مقداره لان التسليم في السلم متأخر فربما يضيع المكيال والذراع فيفضي الى المنازعة ويعلم من هذا ان المكيال اذا كان معلوم المقدار والذراع كذلك اوباع بذلك الاناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الامن من المنازعة وقد مر يعني في اول البيوع ان البيع يدا بيد بمكيال لايعرف مقداره يجوز لان القبض يتعجل فيه فيندر الهلاك لكن لا بد ان يكون المكيال مما لاينقبض ولا ينبسط كما اذا كان من حديد او خزف او خشب ونحوها اما اذا كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل بكسر الزاء لان فعليلا بفتح الفاء ليس من ابنيتهم والجراب والغرارة والجوالق فانه لايجوز لافضائه الى المنازعة الا ان ابا يوسف رح استحسنه في قرب الماء وهو ان يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القربة من ماء للتعامل

قوله ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها وكذا لا يصح السلم في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لان انقطاعه عن ايدي الناس بعروض آفة موهوم فتنتفي القدرة على التسليم اشار الى ذلك قوله عليه السلام حين سئل عن السلم في ثمر فلان اما من ثمر حائط فلان فلا ارأيت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولا خفاء في كونه منه عليه السلام بيانا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمرة قرية بعينها وقوله عليه السلام مال اخيه اراد به رأس المال اي لو لم تحصل الثمرة فباي طريق يحل رأس المال للمسلم اليه ولو كانت النسبة الى قرية بعينها لبيان الصفة اي لبيان ان صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانه جاز العقد فان تعيين الخشمران ليس باعتبار ان يكون الحنطة منه ليس الا بل باعتبار ان صفة الحنطة مثلا بمثل صفة حنطة الخشمران وعلى هذا ظهر الفرق بين ما اذا اسلم في حنطة هراة وبين ما اذا اسلم في ثوب هروي في جواز الثاني دون الاول فان نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا واذا اتى المسلم اليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة اجبر رب السلم على القبول بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما تنبت بارض هراة والنابت في غيرها لا ينسب اليها وان كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبيان الصفة فذلك لا يزال **قوله** ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبعة شرائط صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند ابي حنيفة رح وعلى خمسة عندهما فاما المتفق عليه فهو ان يكون في جنس معلوم حنطة او شعيرها ونوع معلوم سقية او بخسية والبخسي خلاف السقي منسوب الى البخس وهي الارض التي يسقيها السماء لانها مبخوسة الحظ من الماء * وصفة معلومة جيدة او ردية ومقدار معلوم عشرين كرا بكيال معروف او عشرين رطلا * واجل معلوم والاصل في ذلك

من المنقول ما رويناه من قوله عليه السلام من اسلم منكم الخ ومن المعنى الفقهي ما بينا ان
الجهالة مفضية فيه الى النزاع واما المختلف فيه فمعرفة مقدار رأس المال ان كان مما يتوقف
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له
حمل بفتح الحاء ومؤنة ومعناه ماله ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال فهذان
شرطان لصحته عند ابي حنيفة رح وهو المروي عن ابن عمر رضي الله عنه خلافا لهما قالا
في المسئلة الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة يعني اذا جعل
المكيل والموزون ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليهما جاز وان لم يعرف مقدارهما
فكذا ينبغي ان يكتفى بالاشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما اذا كان رأس المال
ثوبا فان الاشارة فيه تكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه ولابي حنيفة رح انه ربما يوجد
بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدرى في كم بقي وتحقيقه ان جهالة
قدر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق رأس المال شيئا فشيئا
وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده فاذا لم يكن
مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة المسلم فيه مفسدة
بالاتفاق فكذا ما يستلزمها * وقوله او ربما وجه آخر لفساده وهو ان المسلم اليه قد يعجز عن تحصيل
المسلم فيه وليس لرب السلم ح الا رأس ماله واذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك
فان قيل ذلك امر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص اجاب المصنف رح بان الموهوم
في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي اذ القياس يخالفه الا يرى انه لو اسلم بمكيال
رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وعوده الى الجهالة لا سيما على قول
من اعتبر ادنى الاجل اكثر من نصف يوم فان قيل في هذا اعتبار النازل عن الشبهة
لان وجود بعض رأس المال زيوفا فيه شبهة لاحتمال ان لا يكون كذلك وبعد الوجود
الرد محتمل فقد لا يرد وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد ايضا محتمل والمعتبر هي

هي دون النازل عنها فالجواب ما تقدم اذ المعنيّ من الموهوم هو ذلك * وقيل بل هذه
شبهة واحدة لان كلا منهما مبني على وجوده زيفا والاول اظهر وقوله بخلاف الثوب
جواب عما قاساه عليه من الثوب * وتقريره ان الثوب لا يتعلق العقد على مقداره لان
الذراع في الثوب المعين صفة ولهذا لو وجده زائدا على المسمى سلم له الزيادة مجانا
ولو وجده ناقصا لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم وليس كلامنا في ذلك وانما هو فيما تعلق
العقد على مقداره فكان قياسا مع الفارق * ولم يجب عن الثمن والاجرة لان دليله تضمن
ذلك فان البيع والاجارة لا ينفسخان برد الثمن والاجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد
ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما اذا اسلم مائة في كرّ حنطة وكرّ شعير
ولم يبيّن رأس مال كل واحد منهما فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رح لان المائة تنقسم
على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحزر فلا يكون مقدار رأس مال
كل واحد منهما معلوما وعندهما يجوز لان الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد
وجدت او اسلم دراهم ودنانير في كر حنطة وقد علم وزن احدهما دون الآخر فانه لا يجوز
عنده لان مقدار احدهما اذا كان مجهولا بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز وفي حصة
الآخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الآخر وعندهما يجوز لوجود الاشارة * وقالا
في المسئلة الثانية ان مكان العقد يتعين للايفاء لان العقد اوجب التسليم وجد فيه وما كان
كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فان التسليم يجب في موضع العقد ولانه لا يزاحمه
مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كاول اوقات الامكان في الاوامر
فان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه وقد عرف في موضعه وصار كالقرض
والغصب في تعين مكانهما للتسليم ونوقض بما اذا باع طعاما وهو في السواد فانه روي
عن محمد رح ان المشتري ان كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان لم يعلمه فله الخيار
ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بان مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان

مكان آخر كما في بيع العين فان من اشترى كرحنطة وشرط على البائع الحمل الى منزله يفسد عقده اشتراها في المصر او خارجه بجنسه او بخلاف جنسه والجواب عن النقض ان مكان البيع يتعين للتسليم اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم اليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره وفيه نظر لان فيه قيدا لم يذكر في التعليل ومثله يعد انقطاعا وعن المعارضة بان التعين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها يبطلها وانما فسد في بيع العين لانه قابل الدين بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة ولابي حنيفة رح ان السلم تسليمه غير واجب في الحال لاشتراط الاجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسلم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه مؤجلا بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه قال ارأيت لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل هذا مما لا يقوله عاقل واذا ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم اليه يسلمه في خلاف ذلك فصار كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان وعن هذا اي عما ذكرنا ان جهالة المكان كجهالة الوصف قال من قال من المشائخ رحمهم الله ان الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الجودة والرداءة في احد البدلين وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجبه لان تعين المكان قضية العقد اي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورة الثمن

الثمن اشترى شيئا بمكيل اوموزون موصوف فى الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده
وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد وقيل انه لا يشترط بالاتفاق والاول اصح وهو
اختيار شمس الائمة رح لان الثمن مثل الاجرة وهي منصوص عليها في كتاب الاجارات *
وصورة الاجرة استأجر دارا او دابة بمكيل اوموزون موصوف فى الذمة يشترط بيان
مكان الايفاء عنده خلافالهما ويتعين في اجارة الدار مكانها وفى الدابة يسلم في مكان
تسليمها وصورة القسمة اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة الزائد
مكيلا او موزونا موصوفا فى الذمة يشترط عنده بيان مكان الايفاء خلافالهما ويتعين
مكان القسمة **قوله** وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء
قد تقدم بيان ماله حمل ومؤنة فيعلم من ذلك مالم يكن له حمل ومؤنة وقيل مالم يكن له
حمل ومؤنة وهو الذي لو امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا * وقيل ما يمكن
رفعه بيد واحدة واتفقوا على ان بيان مكان الايفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم
اختلاف القيمة ولكن هل يتعين مكان العقد للايفاء فيه روايتان في رواية الجامع وبيوع
الاصل يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على غيره وذكر فى الاجارات يوفيه في
اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ان المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيه
قوله ولا وجوب فى الحال جواب عما يقال يجوز ان يتعين مكان العقد ضرورة وجوب
التسليم فقال التسليم فى الحال ليس بواجب ليتعين باعتباره فلو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد
حيث لا يلزم بنقله مؤنة ولا يختلف ماليته باختلاف الامكنة وقيل يتعين وهو الاصح لانه يفيد عن
رب السلم سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لان المصر مع تباين
اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا من انه لا تختلف قيمته باختلاف المحلة وقيل فيما ذكرنا من المسائل
وهي السلم والثمن والاجرة والقسمة * وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين نواحيه
مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يجز لان فيه جهالة مفضية الى المنازعة **قوله** ولا يصح

حتى يقبض رأس المال معناه ان السلم لا يبقى صحيحا بعد وقوعه على الصحة اذا لم يقبض
رأس المال في مكان العقد قبل ان يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا
حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسد ما لم يفترقا عن غير قبض فاذا افترقا كذلك فسد *
اما اذا كان رأس المال من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه
وعلى آله وسلم عن الكالئ بالكالئ اى النسيئة بالنسيئة وانكان عينا فلان السلم اخذ عاجل
بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل والمسلم فيه آجل فوجب ان يكون
رأس المال عاجلا ليكون ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها
عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها لغة وهذا وجه الاستحسان والقياس جوازه
لان العروض تتعين فى العقود فبترك شرط التعجيل لم يود الى بيع الدين بالدين
بخلاف الدراهم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب اي ليتصرف المسلم اليه فيه
فيقدر على التسليم ولهذا اي ولاشتراط القبض قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط
لهما او لاحدهما لان خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم
وهو ثبوت الملك والقبض مبني عليه وما كان مانعا من المبني عليه فهو مانع عن المبني
وكذا لا يثبت فى السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لان فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب
بعقد السلم الدين وما اخذه عين فلو رد المأخوذ عاد الى ما في ذمته فيثبت الخيار فيما اخذه
ثانيا وثالثا الى ما يتناهى فاذا لم يفد فائدته لا يجوز اثباته وفي بيع العين يفيد فائدته
لان العقد ينفسخ عند الرؤية اذا رد المبيع لانه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ قيل فيه شكان *
احدهما ان الضمير في قوله فيه اما ان يراد به رأس المال او المسلم فيه لا سبيل الى الاول
لان خيار الرؤية ثابت في رأس المال صرح به في التحفة وقال لا يفسد به السلم ولا الى الثاني
لانتفاء التقريب لانه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق وثبوت الخيار
فى المسلم فيه وعدمه لا مدخل له في ذلك فكان اجنبيا * والثاني ان المبيع فى الاستصناع دين

دين ومع ذلك للمستصنع خيار الرؤية والجواب عن الاول انه يعود الى المسلم فيه وذكره استطرادا ويجوز ان يعود الى رأس المال وهو انكان دينا في الذمة يتسلسل ولا يفيد وانكان عينا وجب ان لا يفيد لافضائه الى التهمة وعن الثاني انا لا نسلم ان المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سيجيء في الاستصناع بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضاء وهو موجود وقت العقد ولو اسقط رب السلم خيار الشرط قبل الافتراق فلا يخلو اما ان يكون رأس المال قائما ولا فان كان الثاني لم يصح العقد بالاسقاط لان ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا اتمامه باسقاط الخيار وفيه نظر فان البقاء اسهل من الابتداء والجواب انه اتفاقي فالتشكيك فيه غير مسموع وان كان الاول جاز خلافا لزفر رح وقد مر نظيره وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل قبل الحلول فانه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر رح **قوله** وجملة الشروط جمعوها جمع المشائخ جملة شروط السلم في اعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته وفي تعجيله والمراد به التسليم قبل الافتراق كما تقدم وفي اعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر وفي تأجيله يعني الى اجل معلوم وقد تقدم بيان مقداره وبيان مكان الايفاء كما مر وفي القدرة على تحصيله وهو ان لا ينقطع كما بينا فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منهما دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل سواء اطلق المائتين ابتداء او اضاف العقد في احدهما الى الدين لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا اما اذا كان اطلق ثم جعلا المائة من رأس المال تصاصا بالدين فلا اشكال في طروه كما لو باع عبدين ثم مات احدهما قبل القبض كان الباقي مبيعا بالحصة طارئا * واما اذا اضاف الى الدين ابتداء فكذلك ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح وهذا لان النقود لا تتعين في العقود اذا كانت عينا فكذا اذا كانت دينا فصار الاطلاق والتقييد

سواء الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فينعقد السلم صحيحا فيبطل بالافتراق لما بينا ان النبي عليه السلام نهى عن الكالئ بالكالئ * وقيد بقوله مائة منهما دين على المسلم اليه لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما **قوله** ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لانه شرط صحة السلم احترازا عن الكالئ بالكالئ فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في المسلم فيه كذلك لانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا بأس به بعده لان المقبوض بعقد السلم كالعين المشترى فرأس المال ان كان مثليا جاز ان يبيع مرابحة وان كان قيميا لا يجوز الا ممن عنده ذلك الثمن ولا يجوز الشركة وهو ان يشترك شخصا آخر في المسلم فيه ولا التولية وصورتهما ظاهرة وانما خصهما بالذكر بعد ما دخلا في العموم لانهما اكثر وقوعا من المرابحة والوضيعة وقيل احترازا عن قول البعض ان التولية جائزة لانها اقامة معروف فانه يولي غيره ما تولى فان نقايلا السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك يعني حالة البقاء وعند الفسخ وهذا نص في ذلك ولانه اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث وهو الشرع والبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلا بد من جعل رأس المال مبيعا ليرد عليه العقد والا لكان ما فرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه دينا مثل المسلم فيه واذا امكن ان يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلان يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان اولى واذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا يتصرف فيه قبل القبض فكذا ما اشبهه فان قيل اذا كان كذلك وجب قبض

قبض رأس المال في المجلس اعتبار اللانتهاء بالابتداء اجاب بقوله لانه اي لان عقد الاقالة
ليس في حكم الابتداء من كل وجه لانه بيع في حق ثالث لا غير وليس من ضرورة اشتراط
القبض في الاول اشتراطه في الثاني بالضرورة واذا ثبت التنبيه وهو ان اشتراط القبض
في الابتداء كان للاحتراز عن الكالئ بالكالئ والمسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه ذلك
فلا يشترط القبض والتأمل يغني عن هذا السوال لان رأس المال اذا صار معقودا عليه
سقط اشتراط قبضه فالسوال بوجوب قبضه لا يرد لكن المصنف رح دفع وهم من عسى
يتوهم نظرا الى كونه رأس المال وجوب قبضه ولوابرز ذلك في مبرز الدليل على
انقلابه معقودا عليه حيث لا يجب قبضه ولو بقي رأس المال لوجب كان ادق على طريقة
قوله في اول الكتاب ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله * ولا عيب
فيهم غير ان سيوفهم * بهن فلول من قراع الكتائب * **قوله** وفيه اي في جعل رأس
المال بعد الاقالة مبيعا خلاف زفر رح هو يقول رأس المال بعد الاقالة صار دينا في ذمة
المسلم اليه فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين والحجة عليه ما ذكرناه من الحديث
والمعقول **قوله** ومن اسلم في كر فلما حل الاجل رجل اسلم في كر من الحنطة
وهو ستوفلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم
بقبضه لم يكن قضاء حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال
المسلم ان امره ان يقبضه لاجل المسلم اليه ثم لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز
لا جتمعت الصفقتان بشرط الكيل الاولى صفقة المسلم اليه مع بائعه والثانية صفقته
رب السلم فلابد من الكيل مرتين انهى النبي عليه الصلوة والسلام عن بيع الطعام
حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر في الفصل المتصل
بباب المرابحة والتولية قال فيه ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين **قوله**
والسلم وان كان سابقا جواب عما يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على

شراء المسلم اليه من بائعه فلا يكون المسلم اليه بائعاً بعد الشرى فلم يتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي * وتقريره القول بموجب العلة سلمنا ذلك لكن قبض المسلم فيه لاحق وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع لان المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتعدى فيبقى فيما وراءه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشرى بشرط الكيل فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل وان كان الكر قرضا فامر المستقرض المقرض بقبض الكر نفعل جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة ولو لم تكن اعارة لزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة وهو ربوا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لان التأجيل في العواري غير لازم فكان المردود عين المقبوض مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان وكذا لو استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد **قوله** ومن اسلم في كر فامر رب السلم رجل اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو اي رب السلم غائب لم يكن له في غرائره طعام فانه لا يكون قضاء فلو هلك هلك من مال المسلم اليه لان الامر بالكيل لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصر قابضا ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره الى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر لمصادفته الملك واذا صح صار البائع وكيلا عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكما فما وقع فيها صار في يد المشتري **قوله** الا ترى توضيح لتملكه بالبيع فانه اذا امره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري وان امر ان يصبه في البحر في السلم ففعل فذلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وليس ذلك الا باعتبار صحة الامر وعدمها وصحته موقوفة على الملك فلولا انه ملكه لما صح امره

امره ويجوز ان يكون توضيحا لقوله لان الامر قد صح ولهذا اي ولان الامر قد صح يكتفي
بذلك الكيل من الشراء في الصحيح لان البائع نائب عنه في الكيل فان قيل البائع مسلم
فكيف يكون متسلما اجاب بقوله والقبض بالوقوع اي وتحقق القبض بالوقوع في غرائر
المشتري فلا يكون مسلما ومتسلما * وانما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفي بكيل
واحد تمسكا بظاهر ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام انه نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري وقد مر قبل باب الربوا ولو امر المشتري
البائع ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر المشتري قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا تصير الغرائر في يده لان الاستعارة تبرع فلا يتم بدون القبض فكذا ما وقع فيها وصار
كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر
المشتري قابضا لانه مستعير ولم يقبض **قوله** ولو اجتمع الدين والعين صورته رجل
اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى من المسلم اليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره
اليه ليجعل الدين اي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من ان يجعل
فيها اولا الدين او العين فان كان الاول يعني الدين صار المشتري قابضا لهما جميعا اما العين فلصحة
الامر فيه لمصادفته الملك فكان فعل البائع كفعل الآمر ورد بانه لا يصلح نائبا عن المشتري
في القبض كما لو وكله بذلك نصا واجيب بانه ثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا واما الدين
فلاتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره
ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار
ولا يشكل بالصباغ فان الصبغ والثوب اتصلا بملك المستأجر ولم يصر قابضا لان المعقود عليه
في الاجارة الفعل لا العين والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصر متصلا بالثوب فلا يكون
قابضا * وان كان الاول لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر لعدم مصادفته الملك
لان حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان البائع جاعلا في غرائره متصرفا في ملكه

نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند ابيحنيفة رح فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشتري فلا ينقض البيع اجاب بان الخلط على هذا الوجه ما حصل باذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان ماذونا به* وفي عبارة المصنف رح تسامح لانه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزما واستدل بقوله لجواز ان يكون مراده البداية بالعين فيكون الدليل اعم من المدعى ولا دلالة للاعم على الاخص ويجوز ان يقال كلامه في قوة الممانعة فكأنه قال ولا نسلم ان هذا الخلط مرضي به وقوله لجواز سنده على ما سيأتي تمام الكلام وعندهما المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قوله** ومن اسلم جارية في كر حنطة رجل اسلم جارية في كر حنطة ودفع الجارية الى المسلم اليه ثم تقايلا فماتت الجارية في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الاقالة بهلاكها لانهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الاقالة صحيحة لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا صح ابتداء صح انتهاء لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها وقامت مقام الجارية فكأن احد العوضين كان قائما فلا يرد ما قيل الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمنع الاقالة وقد تقدم في الاقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع الجارية بالدراهم حيث بطلت الاقالة في البيع عند هلاكها انتهاء وابتداء وباقي الكتاب ظاهر لا يحتاج الى شرح **قوله** ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة اذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم* فان كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان القول لصاحبه بالاتفاق* ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله اذا ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر عند

عند ابيحنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول المنكر وان انكر الصحة
وعلى هذا اذا اسلم رجل في كر حنطة ثم اختلفا فقال المسلم اليه شرطت لك رديا
وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
صحة السلم لان المسلم فيه يربو على رأس المال عادة وكان القول لمن شهد
له الظاهر فانهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو بيان الوصف
والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا
للمسلم اليه وقول من شهد له الظاهر اقرب الى الصدق وفيه بحث لانا لا نسلم ان المسلم
فيه يربو على رأس المال بل الامر بالعكس فان النقد القليل خير من النسيئة وان كانت
كثيرة سلمناه لكنه يربو عليه اذا كان جيدا واما اذا كان رديا فممنوع سلمناه لكنه مخالف
للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
وهو باطلاقه يقتضي ان يكون القول قول المنكر وان انكر الصحة والجواب ان الناس
مع وفور عقولهم وشدة تحرزهم عن الغبن في المبايعات وكثرة رغبتهم في التجارة
الرابحة يقدمون على السلم مع استغنائهم عن السلم في الحالة الراهنة وذلك اقوى
دليل على ربوا المسلم فيه وان كان رديا والاعتبار للمعاني دون الصور فهو منكر صورة وان كان
منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع اذا ادعى رد الوديعة واذا انعكست
المسئلة وهو ان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه [illegible] الجامع الصغير
واما آخرون من المشائخ رحمهم الله قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابيحنيفة رح
لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر وان
انكر الصحة **قوله** [illegible] يريد به ما اذا [illegible] قول رب السلم
عند هما في عبارته تسامح لانه استعمل البعد والطالب [illegible] يكن له
اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت

في انكاره لانه ينكر ما ينفعه وهو الاجل فان قيل لا نسلم انه متعنت لانه بانكاره يدعي فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم اليه وهو القياس اجاب المصنف رح بان الفساد بعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فان السلم الحال جائز عند الشافعي رح واذا لم يكن متيقنا بعدمه لم يلزم من انكاره رد رأس المال فلا يكون النفع برد رأس المال معتبرا بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الاولى فان الفساد بعدمه متيقن وفيه نظر لان بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح فالاولى ان يقال ان الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة رضي الله عنهم ان ثبت ذلك وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لكون المضارب متعنتا في انكاره حقا له وهو زيادة عشرة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد اذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر واختلفا في جوازه وفساده وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين * احدهما ان الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة * والثاني ان الاقدام على السلم التزام شرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد اقرارا بالصحة فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به وانكاره انكار بعد الاقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فانهما اذا اختلفا بما وقع محل الاختلاف فانها اذا فسدت صارت اجارة واذا صحت كانت شركة فاذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار

اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه انكارا بعد الاقرار وهو تناقض فلم يعتبر الانكار واما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المحل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكأن المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر وعبر المصنف رح عن الوحدة باللزوم لانه بالفساد لا ينقلب عقدا آخر وعن غيرها بغير اللزوم لانقلابه عقدا آخر عند الاختلاف فان قيل هذا العذر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فان القول للمضارب وكان الواجب ان لا يعتبر الاختلاف فيكون القول لرب المال لانكاره ما يدعيه المضارب في ماله فالجواب ان العذر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والاثبات على محل واحد وههنا قد وردا عليه لان رب المال قد اثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك انكار بعد الاقرار لان المعطوف يقرر المعطوف عليه كما اذا شهد احد الشاهدين بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيأتي فيكون النفي والاثبات واردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعي الصحة وهو المضارب كما في السلم وهذا المحل مختص بهذا الكتاب وجهد المقل دموعه **قوله** ويجوز السلم في الثياب السلم في الثياب جائز اذا بين الطول والعرض والرقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثخانته لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم وان كان ثوب حرير وهو المتخذ من الابريسم المطبوخ لا بد من بيان وزنه ايضا لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده لان المسلم اليه ربما يأتي بعد حلول الاجل بقطع حرير بذلك الوزن وليس ذلك بمراد لا محالة واما في الثياب فالوزن ليس بشرط * وذكر شمس الائمة السرخسي رح اشتراط الوزن في الوزاري وما يختلف بالثقل والخفة

قوله ولا يجوز السلم في الجواهر العددي الذي يتفاوت آحاده في المالية كالجواهر واللآلي والرمان والبطيخ لا يجوز فيه السلم لافضائه الى النزاع وفي الذي لا يتفاوت آحاده كالجوز والبيض جاز اذا كان من جنس واحد وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا اشترط فيه ملبنا معروفا لانه اذا سمي الملبن صار التفاوت بين لبن ولبن يسيرا فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب **قوله** وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه هذه قاعدة كلية تشتمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين * احدهما انه عكسها فقال وما لا تضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل انسان حيوان الى كل ما ليس بانسان ليس بحيوان * والثاني انه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والاصل ذكر القاعدة اولا ثم تفريع الفروع عليها والجواب عن الاول ان جواز السلم يستلزم امكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الحديث وح كان مثل قولنا كل انسان ناطق وهو ينعكس الى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق وعن الثاني ان تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع اصول الفقه واما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الاصل الجامع للفروع المتقدمة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك اذا اجتمع فيها شرائط السلم والا فلا خير فيه اي لا يجوز لان الجواز خير فينتفي **قوله** وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز الاستصناع هو ان يجيء انسان الى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما ويسلم اليه جميع الدراهم او بعضها او لا يسلم وهو لا يخلو اما ان يكون فيما فيه تعامل واليه اشار بقوله شيئا من ذلك اي مما تقدم من طست وقمقم وخفين اولا والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيجيء والاول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لانه بيع المعدوم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم

وسلم عن بيع ماليس عند الانسان و رخص في السلم وهذا ليس بسلم لانه لم يضرب له اجل واليه
اشار بقوله بغير اجل * وجه الاستحسان الاجماع الثابت بالتعامل فان الناس في سائر الاعصار
تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير والقياس يترك بمثله كدخول الحمام
ولا يشكل بالمزارعة فانه فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح لان الخلاف
فيها كان ثابتا في الصدر الاول دون الاستصناع واختلفوا في جوازه هل هو بيع او عدة
والصحيح انه بيع لا عدة وهو مذهب عامة مشائخنا رحمهم الله وكان الحاكم الشهيد رح
يقول هو مواعدة ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار
وجه العامة انه سماه في الكتاب بيعا واثبت فيه خيار الرؤية وذكر القياس والاستحسان ولانه يجوز
فيما فيه تعامل لا فيما لا تعامل فيه كما اذا طلب من الحائك ان ينسج له ثوبا بغزل من عنده
او الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس من عنده والمواعدة يجوز في الكل وثبوت الخيار لكل
منهما لا يدل على المواعدة الا يرى انهما اذا تبايعا عرضا بعرض ولم ير كل واحد منهما
ما اشتراه فان لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة فان قيل كيف يجوز ان يكون
بيعا والمعدوم لا يصلح ان يكون مبيعا اجاب بان المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسي
للتسمية عند الذبح فان التسمية جعلت موجودة بعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت
موجودة بعذر جواز الصلوة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل
موجودا حكما للتعامل فان قيل انما يصح ذلك ان لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع
والمعقود عليه هو الصنع اجاب بان المعقود عليه هو العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وفيه نفي لقول ابي سعيد البردعي فانه
يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع طلب الصنع وهو العمل وعورض بانه لو كان
بيعا لما بطل بموت احد المتعاقدين لكنه يبطل بموت احدهما ذكر في جامع قاضي خان رح
واجيب بان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل وشبها

بالبيع من حيث ان المقصود منه العين المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه القياس والاستحسان واثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الصباغ فان في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك اجارة محض اجيب بان الصَبغ اصل والصِبغ آلته فكان المقصود فيه العمل وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر وههنا الاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل اشبه الاجارة في حكم واحد لا غير ولا يتعين المستصنع الا باختيار المستصنع حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله اي كونه بيعا لا عدة وكون المعقود عليه هو العين دون العمل وعدم تعينه الا باختياره هو الصحيح وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك **قوله** وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه اي المستصنع بعد الرؤية بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى مالم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط فيجبر على العمل لانه بائع باع مالم يره ومن هو كذلك لا خيار له وهو الاصح بناء على جعله بيعا لا عدة وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا ان شاء فعل وان شاء ترك دفعا للضرر عنه لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم واتلاف الخيط وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا اولا واما المستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لان غيره لا يشتريه بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل انه سر يحصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضا على ظن ان المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك بجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الاسلام اجيب بان خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من اصحابنا رحمهم الله ولم يجب على

على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين وفيه نظر لان غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت فان لها خيار البلوغ فان سكتت لجهلها بان لها الخيار بطل الخيار لان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر مع انه ليس من الفرائض التي لا بد لاقامة الدين منها ولا يجوز يعني الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرناه من الثياب والقمصان ابقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالاجماع وقوله بغير اجل في اول المسئلة احتراز عما اذا ضرب له اجل فيما فيه تعامل فانه ح يكون سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما واما اذا ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه فانه يصير سلما بالاتفاق والمراد بضرب الاجل ما ذكر على سبيل الاستمهال اما المذكور على سبيل الاستعجال مثل ان قال على ان تفرغ هذا غدا او بعد غد لا يصيره سلما لان ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكى عن الهندواني ان ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال فلا يصير به سلما وان كان من الصانع فهو سلم لانه يذكره على سبيل الاستمهال وفيما اذا صار سلما يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافية ان اللفظ حقيقة في الاستصناع وتقريره ان ذكر الاستصناع يقتضي ان لا يكون سلما لان اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل وذكر الاجل يقتضي ان يكون سلما لكنه ليس بمحكم فيه بل يحتمل ان يكون للتعجيل واذا كان كذلك فقد اجتمع المحكم والمحتمل فيحمل الثاني على الاول بخلاف ما لا تعامل فيه فانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وتقريره لا نسلم ان اللفظ محكم في الاستصناع فان ذكر الاجل ادخله في حيز الاحتمال واذا كان محتملا للامرين كان حمله على السلم اولى لان جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة يريد به ان في فعل الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين

في تعاملهم الاستصناع شبهة ولان السلم ثابت بآية المداينة والسنة دون الاستصناع

مسائل منثورة

اي هذه مسائل من كتاب البيوع نشرت عن ابوابها ولم تذكر ثمه فاستدركت يذكرها ههنا **قوله** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان اوغير معلم في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون مالا واما غير المعلم فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته ويخبر عن الجائي بنباحه فساوى المعلم في الانتفاع به وعن ابي يوسف رح ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن امساكه وامر بقتله فلنا كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد او للماشية اوللزرع وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام والبغي الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء الحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد ولانه نجس العين بدلالة نجاسة سوره فانه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه لان النجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكانا متنافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع منتفيا ولنا ان النبي صلى الله عليه وعلى اله وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد اوماشية وهي التي تحرس المواشي واعترض بان الدليل اخص من المدعى فان المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب بان ذكره لابطال شمول العدم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فثابت بحديث ذكره في الاسرار برواية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في كلب باربعين درهما من غير تخصيصه بنوع وفيه نظر لان الطحاوي حدث في شرح الآثار

(كتاب البيوع ـــ * مسائل منثورة *)

الآثار من يونس عن ابن وهب عن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبيد الله بن عمر رضي الله عنهم انه قضى في كلب صيد قتله رجل باربعين درهما وهذا مخصوص بنوع كما ترى * وقيل الاستدلال على جواز بيع الكلب المعلم وغير المعلم سوى العقور والحديث يدل على الاول والثاني ملحق به دلالة ولانه منتفع به حراسة واصطيادا الف ونشر فكان مالا فيجوز بيعه واعترض بوجهين * احدهما ان الانتفاع بمنافع الكلب لا بعينه وذلك لا يدل على مالية عينه كالآدمي ينتفع بمنافعه بالاجارة وهو ليس بمال * والثاني ان شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة ليس بمال واجيب عن الاول بان الانتفاع بمنافع الكلب يقع تبعا لملك العين لا قصدا في المنفعة الا يرى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة وجميع ما لا يوكل لحمه وعن الثاني بان الخنزير محرم العين شرعا فتثبت الحرمة في كل جزء وسقط التقوم والاباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة فيما عداها كاباحة لحمه حالة المخمصة * واذا ثبت ان مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والنمر والذئب بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا ينتفع بها **قوله** والحديث محمول جواب عن استدلال الشافعي رح بالحديث المروي وتقريره ما روي عن ابراهيم انه قال روي عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم انه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقدم نهي انتسخ فانهم كانوا الفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فامروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ويجوز ان يقال الحديث مشترك الالزام لانه قال ثمن الكلب والثمن بالحقيقة لا يكون الا في المباح [illegible] العين جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع فان تناوله في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ولو سلم فيحرم التناول دون البيع كالسرقين

عندنا على ما سيجيء ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز يعني انه باطل وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع * واستدل بقوله عليه الصلوة والسلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها قال محمد رح في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة رح قال حدثنا محمد بن قيس ان رجلا من ثقيف يكنى ابا عامر كان يهدي لرسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم كل عام راوية من خمر فاهدى اليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدي فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يا ابا عامر ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لنا في خمرك قال فخذها يا رسول الله فبعها واستعن بثمنها على حاجتك فقال له النبي عليه الصلوة والسلام يا ابا عامر ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قوله** واهل الذمة في البياعات كالمسلمين قال محمد رح في الاصل لا يجوز بين اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا وهم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام واستدل المصنف رح على ذلك بقوله عليه الصلوة والسلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق فيحتاجون الى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الاشياء الا بمباشرة الاسباب المشروعة ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين الا في الخمر والخنزير فان عقدهم عليهما كالعقد على العصير والشاة في كونهما اموالا متقومة في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعماله حين حضروا اليه وقال لهم يا هؤلاء انه بلغني انكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك لا تفعلوا ذلك

ذلك ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم **قوله** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان صورته ان يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم وهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بالف فيجيئ آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجال بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري وخمسمائة من الضامن وان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيئ على الضامن والفرق بينهما ما ذكره بناء على الاصل المار ان الزيادة في الثمن والمثمن جميعا جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه اي الالحاق تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا وخاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فصار الفضل في ذلك كبدل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيئ فجاز اشتراطها على الاجنبي كهو لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وان فاتت معنى ليخرج عن حيز الحرمة فاذا قال من الثمن وجد الشرط فيصح واذا لم يقل صار ذكر خمسمائة من الضامن رشوة مستعلى البيع بما سميا من المال والرشوة حرام لا يلتزم بالضمان واعترض باوجه الاول كيف يجب شيئ من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيئ من المعقود عليه الثاني لو كان خمسمائة الواجبة المقابلة على المشتري ويتحمل عنه الضامن ولم يتوجه عليه بالاتفاق الثالث ان على الثمن لا يجوز ان يجب على الاجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة والكل اجائب في اصل المسئلة يغني عن هذه الاسولة والجواب عنها ولا بأس بتكرار ذلك التحقيق فان ورود السوال اذا كان نغموض فيه اصل الكلام فجوابه تكراره وذلك انا قد بينا ان قبول الثمن قد يستغني عن ان يقابل بالمال جزء فجزء فجاز ان يكون بعض الثمن خاليا عما يقابله من البدل كالزيادة في الثمن اذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ابتداء بلا بدل

ومثل ذلك يجوز ان يثبت على الاجنبي كبدل الخلع واذا جاز ذلك يطلب ممن التزمه لا غيره والملتزم فيما نحن فيه الاجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري * فظهر الفرق بينه وبين اصل الثمن فان اصل الثمن لا بد وان يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة وح لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابلته * وقع في الكتاب والخمسمائة بالالف واللام في المضاف دون المضاف اليه * وقيل لا خلاف في امتناعه وقال ابن عصفور بعض الكتّاب يجيزون ذلك وهو قليل جداً * وقيل اذا ورد مثل هذا ينبغي ان لا يعتقد اضافة الخمسة بل الجر في المضاف اليه على حذف مضاف اي الخمس خمسمائة

قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح لوجود سبب ولاية الانكاح وهو الملك في الرقبة على الكمال وما ثمه مانع عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك وهذا التزويج يكون قبضاً لان الوطئ لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله وان لم يطأها الزوج فليس اي مجرد التزويج قبضاً استحساناً وفي القياس هو قبض وهو رواية عن ابي يوسف رح حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها والمشتري اذا عيب المعقود عليه صار قابضاً كالاعتاق والتدبير والتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقأ العين وجه الاستحسان ان في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه اليه وبه يصير قابضاً وليس كذلك في الحكمي فلا يصير قابضاً والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء ومن ضرورته ان يصير قابضاً **قوله** ومن اشترى عبداً فغاب المشتري رجل اشترى عبداً فغاب المشتري قبل قبض المبيع ونقد الثمن وطلب البائع من القاضي بيع العبد بثمنه لم يلتفت الى ذلك حتى تقيم البينة فاذا اقامها فلا يخلو اما ان كانت الغيبة معروفة اولا فان كان

فان كان الاول لم يبعه في الدين لان وصول البائع الى حقه بدون البيع ممكن وفي البيع
ابطال حق المشتري وان كان الثاني باع العبد واوفى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقرار
البائع فيظهر على الوجه الذي اقر به وقد اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك * وهذا لان العبد
في يده والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره
كاملا صح بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقصا على وجه
يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات فان المرتهن احق
بالمرهون يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء والمشتري اذا مات قبل قبض المبيع مفلسا
فان المبيع يباع بثمنه بخلاف ما اذا قبض المشتري المبيع فان بينة البائع لم تقبل لان حقه
لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فيكون البينة لاثبات الدين والاثبات
على الغائب ممتنع عندنا وفيه بحث من اوجه * الاول ان اقامة البينة على الغائب
لا يجوز لانها تعتمد انكار الخصم وذلك من الغائب مجهول * الثاني ان القول بجواز البيع
قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه * الثالث ان ذلك يفضي
الى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا
وغير مقبوض فالتفرقة بينهما تحكم والجواب عن الاول ان اقامة البينة كما ذكرنا لنفي
التهمة لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده وفي ذلك لا يحتاج
الى انكار الخصم وعن الثاني وجهان * احدهما قول بعض المشائخ ان القاضي ينصب
من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد بان
المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان ذلك
حق البائع وقد يتسامح بتأخيره * والثاني ان البيع ههنا غير مقصود وانما المقصود النظر
للبائع احياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ويجوز ان يثبت ضمنا ما لا يثبت قصدا وعن الثالث
بما ذكرنا ان هذا ليس قضاء على الغائب وانما هو قضاء على الحاضر بالاقرار بما في يده

وذلك انما يكون اذا لم يقبضه المشتري واما اذا قبضه فلا يكون ذلك وح ظهر الفرق
واندفع التحكم ثم اذا باعه فان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص
يتبع هواي يتبع البائع المشتري فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فالحاضر
لايملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن فاذا نقده اجبر البائع على قبول نصيب
الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد الى الحاضر واذا حضر الغائب فللحاضر
ان يرجع عليه بما نقد لاجله وله ان يحبس نصيبه حتى يستوفي ما نقده عند ابيحنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن
ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد الحاضر لانه لم يقبض الا نصيبه من الثمن لا غير * واذا قبض
الحاضر العبد لم يرجع على الغائب اذا حضر بما نقد لاجله وليس له حق الحبس
على ذلك وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع
في ذلك وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فليس له القبض ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه
الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ولكون البائع له حق الحبس ما بقي
شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فان من اعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو
المستعير او غاب فافتكه المعير فانه يرجع على الراهن بما ادى وان كان ذلك قضاء دين الغير
بغير امره لاضطراره في القضاء وهذا مما لا ينكر فان للضرورات احكاما فان قيل لو كان
التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حال حضور الشريك وغيبته فانه لا يقدر
على الانتفاع بنصيبه الا بعد نقد صاحبه فالجواب ان الاضطرار في حالة حضوره مفقود
لامكان ان يخاصمه الى الحاكم ليتقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد
بخلاف حال غيبته وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا استأجرا دارا فغاب
احدهما قبل نقد الاجرة صاحب الدار فنقد الحاضر كل الاجرة فانه يكون متبرعا بالاجماع
لكونه غير مضطر في نقد حصة صاحبه من الاجرة اذ ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء

لاستيفاء الاجرة كذا ذكر الامام التمرتاشي رح واذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس
حتى يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه على ما سيجئ **قوله** ومن
اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة رجل اشترى جارية وقال اشتريتها بالف مثقال
ذهب وفضة صح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف المثقال
اليهما على السواء لانه عطف على المضاف اليه وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار
يوجب الشركة وليس اولوية لاحدهما على الآخر فيجب التساوي قيل وكان الواجب
ان يقيد المصنف رح بالجودة او الرداءة او الوسط لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من
بيان الصفة قطعا للمنازعة ولهذا قيدهما محمد رح بها في الجامع الصغير وبيوع الاصل ويجوز
ان يقال تركه لكونه معلوما من اول كتاب البيوع ان ذلك لا بد منه ولو قال اشتريت
منك هذه الجارية بالف من الذهب والفضة وجب المشاركة كما في الاولى للعطف الا انه
يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن الفضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة
لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي ان ينصرف الى
ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد **قوله** ومن له على رجل آخر عشرة دراهم جياد رجل له
على رجل عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا والقابض لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالجياد لان حقه في الوصف
مرعي من حيث الجودة كما ان حقه مرعي في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية
حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
منفردا لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
كالصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الاصل بالمقبوض حاصلا فلم يبق حقه
الا في الجودة وتداركها منفردة بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرنا انها عند المقابلة

(كتاب البيوع ـــ * مسائل منثورة *)

بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الاحكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون حينئذ
هو الاصل والفرض انه من حيث الاصل مستوف فايجاب الضمان باعتباره ايجاب له
عليه ولا نظير له في الشرع واعترض بوجهين * احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل
لنفسه لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى
وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح * والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق صاحبه
ووجوب الضمان له عليه ضد فلا يعتبر والجواب عن الاول ان الفائدة ثمة انما
هي للغرماء فكانه تضمين [illegible] بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف
تابع [illegible] اذا افرخ طير
في ارض رجل [illegible] فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها او تكنس فيها
ظبي وفي بعض النسخ تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه ولانه صيد والصيد
لمن اخذه بالحديث وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرجه عن الصيدية كصيد انكسر رجله في ارض
انسان فانه للآخذ دون صاحب الارض والتكنس الستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس
وهو موضع الظبي ومعنى تكسر انكسر رجله وقيد بذلك حتى لو كسره احد فهو له والبيض
في معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وقوله وصاحب الارض
لم يعدها لذلك اشارة الى ان القاعدة [illegible] لو اعدها لذلك بان حفرها [illegible] فيها او بغير ذلك مما يصطاد به
كان لصاحبها اذا لم يعدها فهي كشبكة نصبت [illegible] فيتعلق بها صيد فهو للآخذ وكذا اذا دخل
الصيد دارا او وقع ما تناثر من السكر او الدراهم في ثيابه ما لم يكفه اي يضمه الى نفسه او كان
مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه فان العسل لصاحبها لانه عد من
انزالها اي من انزال الارض [illegible] جمع نُزُل وهي الزيادة [illegible]
[illegible] على [illegible] فصار تابعا لها
[illegible] (كتاب الصرف)

* كتاب الصرف *

قوله الصرف بيع خاص وهو الذي يكون كل واحد من العوضين من جنس الاثمان وقد تقدم
ما يدل على تأخره عن السلم في اول السلم وسمي هذا العقد صرفا لاحد المعنيين اما للحاجة
الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة واما لانه لا يطلب به الا الزيادة يعني
لا يطلب بهذا العقد الا زيادة تحصل فيما يقابلها من الجودة والصياغة اذ النقود لا ينتفع بها
بعينها كما ينتفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب فلو لم تطلب به الزيادة
والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة اصلا فلا يكون مشروعا وقد دل على مشروعيته
قوله تعالى واحل الله البيع وقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب الحديث واذا كان المطلوب
به الزيادة والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ناسب ان يسمى صرفا ومنه اي
ومن كون الصرف هو الزيادة لغة سميت العبادة النافلة صرفا قال عليه الصلوة والسلام
من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا والعدل هو الفرض سمي به لكونه
اداء الحق الى المستحق وشروطه على الاجمال * التقابض قبل الافتراق بدنا * وان لا يكون
فيه خيار * ولا اجل [illegible] * [illegible] * [illegible] * [illegible] احدهما الآخر

قوله فان باع رجل [illegible] لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا
في الجودة والصياغة بان يكون احدهما اجود من الآخر [illegible] لقوله عليه السلام
الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث والمراد [illegible]
عليه الصلوة والسلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في كتاب البيوع في باب الربوا
حدث محمد رح في اول كتاب الصرف في الاصل [illegible]
عن انس بن مالك رضي الله عنه [illegible] عمر بن الخطاب رضي الله عنه [illegible]
[illegible] ذلك [illegible]
[illegible] ولا بد [illegible]

(كتاب الصرف)

الافتراق بالابدان واجب بالمنقول وهو ما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد وقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى *وبالمعقول وهو انه لابد من قبض احدهما اخراجا للعقد عن الكالئ بالكالئ وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة ونفيا لتحقق الربوا وقوله في الكتاب فلا يتحقق الربوا قيل منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لابد **قوله** ولان احدهما دليل آخر وتقريره ان احد العوضين ليس اولى بالقبض من الآخر فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا وهو قوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالذهب الحديث وهو يتناول المصوغ وغيره **قوله** ولانه ان كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لانه كالئ بكالئ وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين وتقريره ان المصوغ وان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في باب الربوا فان قيل فعلى هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لان في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل فاذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر الى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعين وتلك الشبهة زائدة على الشبهة الاولى والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها اجيب بان عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله عليه الصلوة والسلام يدا بيد لا بالشبهة لان الحكم في موضع النص مضاف اليه لا الى العلة فيكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة والمراد بالافتراق ما يكون بالابدان حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه ونصه ما روي عن ابن جبلة قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة

(كتاب الصرف)

العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقهم
حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وفيه دليل على ان المفتي اذا بين جواب ما سئل
عنه لا بأس ان يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون
ذلك مما هو مذموم من تعليم الحِيَل وقيد مشيهما بجهة واحدة لانه لو مشيا الى جهتين
يوجب تفرق الابدان وهذا المذكور من التفرق هو المعتبر في قبض رأس مال السلم وقوله
بخلاف خيار المخيرة يرجع الى قوله لم يبطل الصرف يريد ان مشي المخيرة مع زوجها
وان كان الى جهة واحدة يبطل خيارها لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة
جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء
وهاء على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى هَاؤُمُ اقْرَؤُا كِتَابِيَهْ **قوله** فان افترقا
في الصرف متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين يعني لبقاء العقد فان افترقا قبل قبض
العوضين او احدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح بخلاف من يقول ان القبض
شرط الصحة فان شرط الشيء يسبقه والقبض انما هو بعد العقد وما اجيب به بان شرط الجواز
ما يشترط مقارنا لحالة العقد الا ان اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة
غير ممكن من غير تراض لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فعلقنا الجواز
بقبض يوجد في المجلس لان لمجلس العقد حكم حالة العقد كما في الايجاب والقبول
فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالموجود وقت العقد حكما واذا كان موجودا
وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز فكذا اذا كان موجودا حكما فعلى ما ترى
فيه من التمحل مع حصول المقصود بجعله شرطا للبقاء ولهذا اي ولان الافتراق بلا قبض
مبطل لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الاجل بان يقول اشتريت هذه الدنانير بهذه
الدراهم على اني بالخيار ثلاثة ايام او قال الى شهر لان بالخيار لا يبقى القبض مستحقا
لعدم الملك وبالاجل يفوت القبض المستحق والفرق بين العبارتين ان في الخيار

يتأخر القبض الى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الاجل ذكر في العقد ما ينافي القبض وذكرمنا في الشيء مفوت له كذا قيل فكأنه راجع الى ان في الاول استحقاق القبض فائت وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت **قوله** الا اذا اسقط الخيار في المجلس يعني منهما ان كان الخيار لهما اومن له ذلك فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره استحسانا خلافا لزفر رح وهو القياس وان اسقطا الاجل فكذلك وان اسقط احدهما فكذلك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان صاحب الاجل اذا اسقط الاجل لم يصح حتى يرضى صاحبه والفرق يعرف في شرح القدوري لمختصر الكرخي وقيد بشرط الخيار لان خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدته **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز فاذا باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى اذ الربوا حرام حقا لله تعالى والقياس يقتضي جوازه كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين عينا كانت او دينا فينصرف العقد الى مطلق الدراهم اذ الاطلاق والاضافة الى بدل الصرف اذ ذاك سواء وانما قال عن زفر رح لان الظاهر من مذهبه كمذهب العلماء الثلثة ولكن اشتراط الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما ثمه سوى الثمنين وليس احدهما اولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة واعتبرنا كل واحد منهما ثمنا من وجه ومبيعا من وجه ضرورة انعقاد البيع وان كان كل واحد مبيعا حقيقة قال لا نسلم عدم الاولوية بل مدخول الباء اولى بالثمنية واجيب بان ذلك في الاثمان

(كتاب الصرف)

الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت دينا في الذمة لا في الاثمان الخلقية **قوله** وليس من ضرورة كونه جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا لوجب ان يكون متعينا فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعين فان المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين وعورض بان كل واحد منهما لو كان مبيعا لاشترط قيام الملك فيهما وقت العقد وليس كذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح واجيب بان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبرنا مثمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة اذا كان الصرف بخلاف الجنس صح مجازفة لان المساواة فيه غير مشروطة لكن القبض شرط لقوله عليه الصلوة والسلام الذهب بالورق ربوا الاهاء وهاء وهو المعقول المتقدم مراد بقوله لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة فانه لا يجوز اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما وان كانا متساويين في الوزن في الواقع لان العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل حينئذ موهوم والموهوم في هذا الباب كالمتحقق والنبي عليه الصلوة والسلام لم يرد المماثلة في علم الله تعالى لانه لا سبيل الى ذلك وانما اراد المماثلة في علم العاقدين ولم يوجد فان وزنا في المجلس وعلما في المجلس تساويهما كان القياس ان لا يجوز لوقوع العقد فاسدا فلا ينقلب جائزا لكنهم استحسنوا جوازه لان ساعات المجلس كساعة واحدة وقال زفر رح اذا عرف التساوي بالوزن جاز سواء كان في المجلس او بعده لان الشرط هو المماثلة والغرض وجودها في الواقع والجواب ما قلنا ان المراد بها ما هو في علمهما **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن فاذا باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن

(كتاب الصرف)

الجارية ليس بواجب ولا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال المسلم الاتيان
بالواجب تفريغا للذمة كما اذا ترك سجدة صلوتية وسهي ايضا ثم اتى بسجدتي السهو وسلم
تصرف احدى سجدتي السهو الى الصلوتية وان لم ينوها ليكون الاتيان بها على وجه الصحة وكذا
لو اشتراها بالفي مثقال الفانسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا
محلى بمائة دراهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين فان دفع ساكتا عنهما جاز
البيع وكان المقبوض حصة الحلية لما بينا ان الظاهر الاتيان بالواجب وان صرح
بذكرهما فكذلك لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ
والمرجان وانما يخرجان من احدهما فيحمل عليه بقرينة الحال وان قال عن ثمن الحلية
خاصة فلا كلام فيه وان قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم اولا وتفرقا على ذلك
انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد او الاضافة
ولا مساواة بعد تصريح قوله ان المدفوع ثمن السيف فان لم يتقابضا شيئا حتى افترقا
بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها واما في السيف فان كان لا يتخلص الا بضرر فكذلك
لعدم امكان التسليم بدونه ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان
يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق
والجارية **قوله** وهذا اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن ازيد مما فيه اي المبيع تعميم
للكلام لان فرض المسئلة ان الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه
لكنه عمم الكلام لبيان الاقسام الأُخر وهي اربعة الاول ان يكون وزن الفضة المفردة
ازيد من وزن الفضة التي مع غيرها وهو جائز لان مقدارها يقابلها والزيادة في مقابلة
الغير فلا يفضي الى الربوا والثاني ان يكون وزن المفردة مثل المنضمة وهو غير جائز
لان الفضل ربوا سواء كان من جنسها او من غير جنسها والثالث ان تكون

تكون المفردة اقل وهو واضح والرابع ان لايدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لزفر رح فان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به حكم بجوازه والجواب ان مالايدري يجوز في الواقع ان يكون مثلا وان يكون اقل وان يكون زائدا فان كان زائدا جاز والا فسد فتعدد جهة الفساد فترجحت واعترض بان كل جهة منهما علة للفساد فلا تصلح للترجيح واجاب شمس الائمة الكردري رح بان مراده انه اذا كان احدهما يكفي للحكم فما ظنك بهما الا الترجيح الحقيقي اذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما تلحق الشبهة فيه بالحقيقة **قوله** ومن باع اناء فضة ثم افترقا ومن باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافترقا بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الاناء لانه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصح اي بقي صحيحا في بعض وبطل في آخر وهذا بناء على ان القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع لا يقال على هذا يلزم تفريق الصفقة وذلك فاسد لان تفريق الصفقة قبل تمامها لا يجوز وههنا الصفقة تامة فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفقة **قوله** ولو استحق بعض الاناء اي ولو استحق بعض الاناء في هذه المسئلة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الاناء تعيب بعيب الشركة اذ الشركة في الاعيان المجتمعة تعد عيبا لانتقاصها بالتبعيض وكان ذلك بغير صنعه فيتخير بخلاف صورة الافتراق فان العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض **قوله** ومن باع قطعة نقرة المراد من النقرة قطعة فضة مذابة فاضافة القطعة الى النقرة من باب اضافة العام الى الخاص واذا باع قطعة نقرة بذهب او فضة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لان الشركة فيها ليست بعيب لان التبعيض لا يضره بخلاف الاناء **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل

كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لايجوز وعلى هذا اذا باع كرشعير وكري حنطة بكري شعير وكر حنطة والاصل ان الاموال الربوية المختلفة الجنس اذا اشتمل عليها الصفقة وكان في صرف الجنس الى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها الى خلاف جنسها عند العلماء الثلثة تصحيحا للعقد خلافا لهما قالا ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضية التقابل الانقسام على الشيوع لا على التعيين ومعنى الشيوع هو ان يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر والدليل على ذلك الوقوع فانه اذا اشترى قلبا اي سوارا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لايجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لايجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لايجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب وليس ذلك كله الا لما ذكرنا ان قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعيين فالتعيين تغيير والتغيير لا يجوز ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الارادة فينبغي ان يكون مرادا * اما انه جائز الارادة فلان كل مطلق يحتمل المقيد لا محالة ولهذا اذا باع كرحنطة بكريها فسد لان الكر قابل الكر وفضل الآخر * واما وجوب ان يكون مرادا فلانه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه والثمن مع تعينه لذلك بامكان ان يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر فلما هذا قلنا لا نا اردنا من الطريق الا الصرف الى خلاف الجنس على اي وجه كان على ان فيما ذكرتم تغييرات كثيرة وما هو الا تغييرا متعين والجواب عن قولهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه ان يقال فيه تغيير وصف

وصف التصرف او اصله والاول مسلّم ولانسلم انه مانع عن الجواز والثاني ممنوع لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باقٍ على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع الى معين لما كان اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا* ثم اجاب عن المسائل المستشهد بها * اما الاولى اعني مسئلة المرابحة فبقوله لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب ولا يخلو من ان يكون مراده انه تغيير في الاصل او غير ذلك فان كان الثاني فلم يبينه وان كان الاول فهو ممنوع لما تقدم في باب زيادة الثمن والمثمن ان الانتقال من الزيادة الى النقصان تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع ولعله يجوز ان يقال ان ذلك في المساومة اما اذا صرحا بذكر المرابحة فالتغيير الى التولية في اصل العقد لا في وصفه واما الثانية فبقوله والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشتري وقد تقدمت هذه المسئلة في شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن واما الثالثة فلانه اضيف البيع الى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشيء لا يتناول ضده واما في الاخيرة فان العقد قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء يعني ان الصرف الى خلاف الجنس لصحة العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينارا المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الاموال الربوية وفي هذه احدهما وهي صحيحة كالاولى وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط الصرف التماثل لما روينا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا اذ الظاهر من حال البائع ارادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الاقدام على العقد الجائز دون الفاسد **قوله** ولو تبايعا فضة بفضة ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بخمسة عشر درهما فاما ان يكون مماله قيمة اولا والاول اما ان يبلغ بقية الفضة اولا فان كان مما لا قيمة له

كالتراب مثلا لا يجوز البيع لان الزيادة لم يقابلها عوض فيتحقق الربوا وان كانت قيمته تبلغ الفضة كثوب يساوي خمسة جاز بلا كراهة وان لم تبلغ فهو جائز مع الكراهة ككف من زبيب او جوزة او بيضة * والكراهة اما لانه احتيال لسقوط الربوا فيصير كبيع العينة في اخذ الزيادة بالحيلة * واما لانه يفضي الى ان يألف الناس فيستعملوا ذلك فيما لا يجوز فان قيل فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم يذكر فيها الكراهة اجيب بانه انما لم يذكرها لانه وضع المسئلة فيما اذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ولا تزيد وعلى هذا يكون الدينار غير المصطلح وهو ما يكون قيمته عشرة دراهم والحق ان السوال ساقط لان الكراهة انما هي للاحتيال لسقوط ربوا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لان فيها الظاهر من حالهما ارادة المبادلة بخلاف هذه المسئلة فان ارادة المبادلة بين حفنة من زبيب وفضة زائدة ليست بظاهرة **قوله** ومن كان له على آخر عشرة دراهم مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلثة اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فان كان سابقا وقد اضاف اليه العقد كما اذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعد الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فانه يجوز بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمة من هو عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في الباب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض احد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربوا وذلك لان بقبض احد البدلين حصل الامن عن خطر الهلاك فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوي فيلزم الربوا وهذا معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك وحاصله ان تعيين احد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما هو في دين يقع الخطر في عاقبته وان كان مقارنا بان اطلق العقد ولم يضف الى العشرة الذي عليه ودفع الدينار فاما ان يتقاصّا او لا فان كان الثاني لم تقع المقاصة

المقاصة مالم يتقاصا بالاجماع وان كان الاول جاز ووقعت المقاصة استحسانا والقياس ينفيه وبه قال زفر رح لانه استبدال ببدل الصرف وهو لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عرضا ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق لقوله عليه الصلوٰة والسلام يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة بين العين والدين لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما على المقاصة بتراضيهما لابد ثمه من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الاول والاضافة الى الدين الذي كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى هذا كان الفسخ ثابتا بالاقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وهو نظير ما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه بحث من اوجه الاول ان عدم المجانسة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت اذا اضيف العقد الى الدين السابق الثاني ان الثابت بالاقتضاء يجب ان يثبت على وجه لا يبطل به المقتضي واذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضي وهو المقاصة لانها تقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ الثالث ان العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الاقالة لان اقالة الصرف حكم الصرف والجواب عن الاول ما اشار اليه المصنف رح بقوله وفي الاضافة الى الدين يعني المعهود يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه وعن الثاني بان المقاصة يقتضي قيام العقد وهو موجود لانهما لما ابطلا عقد الصرف صارا كانهما عقدا عقدا جديدا فتصح المقاصة به وعن الثالث بان الاقالة ضمنية تثبت في ضمن المقاصة فجاز ان لا يثبت لمثل هذه الاقالة حكم البيع وزفر رح حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس فان قيل لم ترك المصنف رح الاستدلال بحديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روي انه

(كتاب الصرف)

قال لرسول الله عليه الصلوة والسلام اني اكري ابلا بالبقيع الى مكة بالدراهم وآخذ مكانها دنانيرا وقال بالعكس فقال عليه الصلوة والسلام لابأس بذلك اذا افترقتما وليس بينكما عمل فالجواب انه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على انهما كانا يضيفان العقد الى الدين الاول او الى مطلقه فلم يكن قاطعا حتى يلتزمه زفر رح وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ان يتقاصا ففيه روايتان في رواية ابي سليمان وهي التي اختارها فخر الاسلام وقال المصنف رح في اصح الروايتين تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها شمس الائمة وقاضي خان لاتقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي عليه الصلوة والسلام جوز المقاصة في دين سابق لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ووجه الاصح ان قصدهما المقاصة تضمن انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين ح سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السوال الاول وهو ليس بدافع كما ترى الا اذا اضيف ان القياس يقتضي ان لا تقع المقاصة بين العين والدين اصلا لعدم المجانسة الا انه استحسن ذلك بالاثر ويقوي هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الاول والا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف او يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد فاذا اضيف الى الدين السابق تجانسا واذا اضيف الى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وانما المجانسة حينئذ بينها وبين الدين المقارن وهذا اوضح **قوله** ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط او طسوج او حبة فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار وبيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود المقتضي وانتفاء

وانتفاء المانع اما الاول فلصدوره عن اهله في محله مع وجود شرطه وهو المساواة واما الثاني فلان المانع ان تصور ههنا فهو الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس **قوله** واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم الاصل ان النقود لا يخلو عن قليل غش خلقة او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه يتفتت فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك فاذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب كانا في حكم الذهب والفضة ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها الا متساويا في الوزن وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير فان اشترى بها انسان فضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة او اقلّ او لا يدرى فالبيع فاسد *وان كان اكثر صح وهي الوجوه المذكورة في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم فضة وصفر **قوله** ولكنه صرف جواب عما يقال اذا صرف الجنس الى خلاف الجنس لم يكن صرفا فلا يكون التقابض شرطا ووجه ذلك ان صرف الجنس الى خلاف الجنس ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء ذلك صرفا واشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر وهذا يشير الى ان الاستهلاك انما يتحقق عند عدم التمييز قال المصنف رح ومشائخنا رحمهم الله يريد به علماء ما وراء النهر لم يفتوا بجواز ذلك يعني التفاضل في العدالي والغطارفة اي الدراهم الغطريفية وهي المنسوبة الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد *وقيل هو خال هرون الرشيد لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه اي لو افتي بإباحته تدرجوا الى الفضة والذهب بالقياس *ثم المعتبر في المعاملات بهما المعتاد فان كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيهما بالوزن

وان كانت تروج بالعد فبهما بالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما حيث لم يكن منصوصا عليهما ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين كالرصاص والستوقة فيبطل العقد بهلاكها قبل التسليم اذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه وان كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البائع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من الجياد لعدم الرضاء منه بالزيوف واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس المعاملة بها بطل العقد عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لم يبطل وعليه قيمتها لكن عند ابي يوسف رح قيمتها يوم البيع وعند محمد رح آخر ما تعامل الناس بها والمصنف رح فسر الكساد بترك الناس المعاملة بها ولم يذكر انه في كل البلاد او في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه ح يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن واما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك لكنه تعيّب فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمة ذلك دنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد رح واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد رح لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا لهما ان العقد قد صح لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعي الا انه تعذر التسليم بالكساد وذلك لا يوجب الفساد

الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد قال ابو يوسف رح وجبت القيمة يوم البيع لانه مضمون بالبيع وقال محمد رح قيمة يوم الانقطاع اي الكساد لانه انتقل الحق منه الى القيمة في ذلك اليوم ولابيحنيفة رح ان الثمن يهلك بالكساد لان الدراهم التي غلب غشها انما جعلت ثمنا بالاصطلاح فاذا ترك الناس المعاملة بها بطل واذا بطل الثمنية بقي بيعا بلا ثمن وهو باطل لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم لانا نقول ان العقد تناولها بصفة الثمنية لانها مادامت رائجة فهي تثبت دينا في الذمة وبالكساد ينعدم منها صفة الثمنية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض او تخمر العصير فسد البيع فكذا هذا والجواب عن الرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما الكساد في الدراهم المغشوشة التي غلب غشها فهلاك الثمنية على وجه لا يرجى الوصول الى ثمنيتها في ثاني الحال لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله فانما ينتقل عنه واذا بطل البيع فان لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا * وان كان مقبوضا فان كان قائما وجب رده بعينه * وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله * وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن ايدي الناس كذلك واليه اشار المصنف رح بقوله وعند محمد رح يوم الانقطاع وان كان صدر البحث بالكساد واما اذا غلبت بازدياد القيمة او نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع **قوله** ويجوز البيع بالفلوس البيع بالفلوس جائز لانه مال معلوم اي معلوم قدره ووصفه وانما قال كذلك اشارة الى وجوب بيان المقدار والوصف او الاشارة اليه ثم انها اما ان يكون نافقة او كاسدة حالة العقد

فان كان الاول جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح فالمشتري بها لا يجبر على دفع ما عين بل هو مخير بين ذلك ودفع مثله وان هلك ذلك لم ينفسخ العقد وان كان الثاني فلابد لجواز البيع بها من التعيين لانها سلع واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذي بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند ابيحنيفة رح بطل البيع خلافا لهما قال الشارحون هذا الذي ذكره القدوري من الاختلاف مخالف لما في المبسوط والاسرار وشرح الطحاوي حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلثة وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف الا ما نقل عن الاسرار وهو ما قيل فيه اذا اشترى شيئا بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندنا وقال زفر رح لا يبطل لانه ليس تحت الكساد الا العجز عن تسليمه والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع آوانه وهذا بظاهر قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن الدليل المذكور لزفر رح يمنعه لانه دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالا الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسد اهما يفضي الى التحكم الا اذا ظهر معنى فقهي يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم الظفر بذلك **قوله** ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت اذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند ابيحنيفة رح لانه اي استقراض المثلي اعارة كما ان اعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه معنى وبالنظر الى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه فات رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة لانه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وهو لا يجوز وان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجاب المصنف رح ان الثمنية فضل فيه اي في القرض اذ القرض لا يختص به اي بمعنى الثمنية ومعناه

(كتاب الصرف)

ومعناه ان الثمنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازما من لوازمه فجاز ان ينفك القرض عن الثمنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال الايرى ان الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون اوعددي متقارب وبالكساد لم يخرج من كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان دخولها في العقد فيه بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار اليها ما دام ممكنا وعندهما تجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف يعني بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في من غصب مثليا فانقطع فعند ابي يوسف رح تجب القيمة يوم الغصب وعند محمد رح يوم الانقطاع وسيجيء وقول محمد رح انظر للمقرض والمستقرض لان على قول ابيحنيفة رح تجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول ابيوسف رح تجب القيمة يوم القبض ولا شك ان قيمة يوم القبض اكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد رح انظر للجانبين وقول ابيوسف رح ايسر لان قيمة يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس وقيمة يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله ايسر **قوله** ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس يعني ان ذلك النصف من الدرهم فلوس لا نقرة وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه الوفاء بذلك القدر من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس وهو سدس درهم او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز لانه اشترى بالفلوس وهي معدودة ونصف درهم ودانق وقيراط منه موزونة وذكرها لا يغني عن بيان العدد فيبقى الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز ولنا فرض المسئلة فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنياً عن ذكر العدد واذا

(كتاب الصرف)

زاد على الدرهم جوّزه ابو يوسف رح بناء على كونه معلوما وفصّل محمد رح بين ما دون الدرهم وما فوقه فجوز في ما دون الدرهم خاصة لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا والاصح قول ابي يوسف رح لا سيما في ديارنا بناء على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف **قوله** ومن اعطى صيرفيا درهما هذه ثلث مسائل * الاولى ان يعطي درهما كبيرا ويقول اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لاتحاد الصفقة وقوة الفساد لكونه مجمعا عليه فيشيع كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وعبارة الكتاب تدل على انه لا نص عن ابي حنيفة رح * والثانية ان يكرر لفظ الاعطاء والمسئلة بحالها فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز بالاجماع لانهما عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذا الالف عبدا وبنصفها دنًّا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني والفقيه المظفر بن اليماني والشيخ الامام شيخ الاسلام رحمهم الله ان العقد لا يصح ههنا ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان قوله اعطني مساومة وبتكرارها لا يتكرر البيع وهذا لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها * قيل والاول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رح * والثالثة ان يقول اعطني بنصف درهم فلوسا وفي بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا الا حبة جاز البيع لانه ومن [illegible] الاول انه لم يتكرر اللفظ بنصف بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس فان

(كتاب الكفالة)

قال المصنف رح وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية اراد قوله اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة وهي الثالثة فيما ذكرنا يريد بذلك ان المسئلة الاولى ليست بمذكورة في اكثر نسخ المختصر قال ابونصر الاقطع في شرحه للمختصر وهو غلط من الناسخ

* كتاب الكفالة *

عقب البيوع بذكر الكفالة لانها تكون فى البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة والكفالة فى اللغة هو الضم قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمّها الى نفسه وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا اي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها * وفى الشريعة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة وقيل فى الدين والاول اصح لان الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمه وكما تصح بالدين تصح بالاعيان المضمونة بنفسها كما سيجيء ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الاصيل صار الدين الواحد دينين وعورض بما اذا وهب رب الدين دينه للكفيل فانه يصح ويرجع به الكفيل على الاصيل ولو لم يصر الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز واجيب بان رب الدين لما وهبه للكفيل صح فجعلنا الدين عليه ح لضرورة تصحيح التصرف وجعلناه في حكم الدينين واما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم الدينين قوله الكفالة ضربان الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رح لا تجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه لانه رقباني مثله لا ينقاد له ليسلمه ولانه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا اما اذا كان بغير امره فظاهر واما اذا كان بامره فلان امره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه كما ان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية ليؤدي المال من مال المكفول عنه بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم اي الكفيل ضامن * ووجه

(كتاب الكفالة)

الاستدلال انه باطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها لايقال هو مشترك الالزام لانه عليه السلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا لان الغرم على شيء ينبئ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم الكفيل الاحضار وهو يتضرر به **قوله** ولانه يقدر على تسليمه جواب عما قاله الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه * وتقريره انا لا نسلم انه لا يقدر على تسليمه وقوله اذ لا قدرة له على نفس المكفول به ممنوع فان قدرة كل شيء بحسبه وهو يقدر ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي على ان قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبني على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له **قوله** والحاجة ماسة استظهار بعد منع الدليل وذلك لان معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع منتف لما ذكرنا والحاجة وهي احياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز الا تعنتا وعنادا **قوله** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان لما فرغ من انواع الكفالة شرع في ذكر الالفاظ المستعملة فيها وهي في ذلك على قسمين قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان او بجسده او ببدنه وقسم يعبر به عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه وبرقبته فان كلا منها مخصوص بعضو خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف * وكذا اذا عبر بجزء شائع كنصف او ثلث لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما مر في الطلاق من صحة اضافته اليه بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وكذا ينعقد اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجب عقد الكفالة وكذا اذا قال علي لانه صيغة الالتزام وكذا اذا قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه الصلوة والسلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي والكل هو اليتيم والعيال من يعوله اي ينفق عليه ويجوز ان يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال وكذا اذا قال انا زعيم به لان الزعامة هي

(كتاب الكفالة)

هي الكفالة وقد روينا فيه اوقبيل لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة
بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وذكر في المنتقى
انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف رح وعلى هذا
معاملة الناس فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه
في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره برئت ذمته وان لم يحضره لا يستعجل
في حبسه لعله ما دري لما يدعى فاذا علم ذلك وامتنع فاما ان يكون لعجز او مع قدرة *
فان كان الثاني حبسه الحاكم * وان كان الاول فاما ان يعلم مكانه اولا * فان كان الاول امهله
الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق *
وان كان الثاني فالطالب اما ان يوافقه على ذلك اولا * فان كان الاول سقطت المطالبة
عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال * وان كان
الثاني فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرفه فان كانت له خرجة معروفة
يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل
بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له * وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول
قول الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة ابتداء * وقال بعضهم
لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة
عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يقول فان اقام الطالب بينة انه في موضع كذا
امر الكفيل بالذهاب اليه واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة قوله واذا احضره
وسلمه في مكان اذا احضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه فيه مثل
ان يكون في مصر برئ الكفيل لان المقصود بالكفالة بالنفس هو المحاكمة عند القاضي فاذا سلمه في
مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لانه التزم التسليم مرة واحدة وقد حصل ذلك
بما قلنا وان كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود

وهو القدرة على المحاكمة *وقال شمس الائمة السرخسي المتاخرون من مشائخنا رحمهم الله
قالوا هذا بناء على عادتهم في ذلك الوقت اما في زماننا اذا شرط التسليم في مجلس القضاء لايبرء
بالتسليم في غير ذلك المجلس لان الظاهر المعاونة على الامتناع لغلبة اهل الفسق والفساد
لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد وان سلمه في برية لم يبرء لعدم المقصود
وهو القدرة على المحاكمة وكذا اذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وان سلمه
في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه
وعندهما لا يبرء لانه قد يكون شهوده فيما عينه فالتسليم لايفيد المقصود* والجواب ان شهوده
كما يتوهم ان يكون فيما عينه يتوهم ان يكون في الذي سلمه فيه فتعارض الوهمان
وبقي التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرء وهذا لان المعتبر تمكنه
من ان يحضره مجلس القاضي اما ليثبت الحق عليه او يأخذ منه كفيلا وقد حصل* وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان فان ابا حنيفة رح كان في القرن الثالث وقد شهد رسول الله
عليه الصلوة والسلام لاهله بالصدق فكانت الغلبة لاهل الصلاح والقضاة لا يرغبون
الى الرشوة وعامل كل مصر منقاد لامر الخليفة فلايقع التفاوت بالتسليم اليه في ذلك المصر
او في مصر آخر* ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فظهر الفساد
والميل من القضاة الى اخذ الرشوة فقيدا التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر
عن الطالب ولو سلمه في السجن فان كان الحابس هو الطالب برئ* وان كان غيره
لم يبرء لانه لم يقدر على المحاكمة فيه* وذكر في الواقعات رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس
فلم يقدر ان ياتي به الكفيل اذ يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق
ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل قادر على الاتيان به **قوله** واذا
مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول
به* وصيتهما او موت احدهما مسقطا لها* اما اذا مات المكفول به فلان الكفيل عجز

عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل * واما اذا مات
الكفيل فلانه عجز عن تسليم المكفول به بنفسه لا محالة فان قيل فليؤدي الدين من ماله
اجاب بان ماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب وهو احضار المكفول به وتسليمه الى المكفول
له لا اصالة وهو ظاهر لانه لم يلتزم المال ولا نيابة لانه لا ينوب عن النفس بخلاف الكفيل
بالمال فان الكفالة لا تبطل بموته لان ماله يصلح نائبا اذ المقصود ايفاء حق المكفول له بالمال
ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم يرجع ورثته بذلك على المكفول عنه
اذا كانت الكفالة بامره كما في حالة الحيوة واذا مات المكفول له فللوصي ان يطالب
الكفيل ان كان له وصي وان لم يكن فلوارثه ان يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت
قوله ومن كفل بنفس آخر بالاضافة ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه
فهو بريء لانه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ومعناه الكفالة بالنفس
موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب
ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل
الاستمتاع فانه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات وقال
في النهاية لانه موجب التصرف اي لان دفع المكفول به الى المكفول له موجب تصرف
الكفالة بالنفس والموجبات تثبت في التصرف بدون ذكرها صريحا وليس بشيء لان
الكلام في ان البراءة تحصل بدون التنصيص لا دفع المكفول به الى المكفول له قال الفقيه
ابو الليث رح في شرح الجامع الصغير انما اورد هذا النفي الاشتباه لان تسليم النفس يحتاج اليه
وقتا بعد وقت حتى يصل اليه حقه فلعل الطالب يقول مالم استوف حقي من المطلوب
لا يبرأ الكفيل ولكن يقال له قد اوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار اذا وجد
التسليم ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الديون لان الكفيل تبرأ نفسه بايفاء
عين ما التزم فلا يتوقف على قبول صاحبه فلو توقف لربما امتنع عن ذلك ايفاء لحق نفسه

فيتضرر به الكفيل والضرر مدفوع بقدر الامكان ولو سلم الاصيل نفسه عن كفالته
اي كفالة الكفيل وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برأ الكفيل وصار كتسليم
الكفيل لان المكفول به مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل
اذا طولب به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم لكن اذا قال دفعت نفسي من كفالة
فلان لان تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين من جهة نفسه ومن جهة
الكفيل فما لم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ وعلى هذا
فما ذكر في النهاية من قوله لانه مطالب بالخصومة اي لان المكفول به مطالب بالخصومة
فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا وفيه نظر لانه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه
عن الكفيل ليبرأ به لان ثمه جهة اخرى كما بينا ولانه يستلزم ان يبرأ الكفيل وان لم يقل
عن كفالة فلان وهو خلاف ما في المبسوط والشامل وغيرهما وتسليم وكيل الكفيل ورسوله
لقيامهما مقامه كتسليمه **قوله** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا رجل
قال ان لم اواف بفلان الى شهر فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره في الوقت المذكور
ضمن المال ووافاه اي اتاه من الوفاء وقيد بقوله لما عليه وهو مفيد لانه لو لم يقله لم يلزم الكفيل شيء
عند عدم الموافاة على قول محمد رح خلافا لهما وبقوله وهو الف وهو غير مفيد لانه اذا قال
فعلي مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لان جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لابتنائها
على التوسع ولهذا لو قال كفلت لك بما ادركك في هذه الجارية التي اشتريتها من درك
صحت وكذلك الكفالة بالشجة صحيحة مع انها لم تعلم هل تبلغ النفس اولا ثم الحكم
في هذه المسئلة شيئان * احدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رح * والثاني عدم بطلان
الكفالة بالنفس عند اداء ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط والدليل على الاول
قوله لان الكفالة بالمال يعني في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا ظاهر لتصريحه
بذكر كلمة الشرط وهذا التعليق يريد به تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة صحيح لانه شرط

شرط متعارف وسنذكر ان تعليق الكفالة بالمال بشرط متعارف صحيح فان اصح التعليق
و وجد الشرط لزمه المال وعلى الثاني قوله لان وجوب المال عليه بالكفالة لاينافي الكفالة بنفسه*
وتقريره ان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا يبطل الابما ينافيها من تسليم او ابراء
او موت وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما ولان كل واحد منهما للتوثق فلا يبطلها
وكيف يبطلها وقد يكون له عليه مطالبات اخرى وابطالها يفضي الى الضرر بالمكفول له
وهو مدفوع وعورض بان الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس و وجوب البدل
ينافي المبدل منه كما في خصال الكفارة واجيب بان بدليتها ممنوعة فان كل واحد منهما
مشروع للتوثق كما مر كالكفالة بالنفس بعد مثلها وبان اجتماعهما صحيح والوفاء بهما
اذ ذاك واجب بخلاف خصال الكفارة على الصحيح* وقال الشافعي رح هذه الكفالة
اي المعلقة بالشرط لاتصح لانه اي تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع
في لزوم المال بالعوض بالرجوع على الاصيل اذا كان بامره وتعليق سبب وجوب المال
في البيع لا يجوز فكذا ههنا والجواب انا لا نسلم ان فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر
لان الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال سلمناه ولكنه اشبه البيع مطلقا او من وجه
والاول ممنوع والثاني يفيد المطلوب لانه يشبه البيع من وجه كما مر ويشبه النذر
من حيث الالتزام* فشبه البيع يقتضي ان لايجوز التعليق بالشروط كلها *وشبه النذر يقتضي
جوازذلك واعمال الشبهين اولى فقلنا لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح
ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بهما والتعليق بعدم الموافاة متعارف فان الناس تعارفوا
تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة بالنفس ورغبتهم في ذلك اكثر من رغبتهم في مجرد
الكفالة بالنفس قوله ومن كفل بنفس رجل ومن كفل بنفس وقال ان لم اواف به
غدا فعلي المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة وهذه
مسئلة الجامع الصغير فهي وان وافقت مسئلة القدوري المذكورة فان في كل منهما

وجوب المال بعدم الموافاة بالشرط لكنها عدمها ههنا بالموت وفيما تقدمت بغيره فذكره بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافاة بالموت وبغيره وفيه شبهة قوية وهو ان الكفالة بالنفس اذا سقطت وجب ان يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتوكيد لها ليست مقصودة ولهذا اذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت اذا سقطت الاولى بالابراء فيجب ان يسقط فيما نحن فيه لان الاولى سقطت بالموت لما تقدم ان الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به والالزم ان يكون ما فرضناه تاكيد الشيء مقصودا بالذات وذلك خلف باطل واجاب الامام ظهير الدين رح في فوائده بان الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له فبالابراء تنفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بهذه الكفالة لان المستحق به تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم فلا ضرورة الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس متحقق هذا ما ذكره ولا يلزم صيرورة التاكيد مقصودا لان المؤكد لم يسقط بالنسبة اليه فهو تاكيد كما كان فان قيل اذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع فانما الالتزام منه غير مدفوع وقد التزم حيث يتيقن باحتمال الموت ولم يستثن فان قيل ترك الاستثناء ثما منه ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها لكن عدم ... منه على خلاف اطلاق لفظه في ان لم اواف فلا يعيده في اضرار غيره (قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها انها جيدة او ردية هندية او صربة او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فطالبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح آخرا وقال محمد رح ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد الكفالة مائة وصوفة بصفة لا تلزم دعواه فلا يقدر المدعي على مطالبة الكفيل بالكفالة وذلك بوجهين * احدهما ان الكفيل علق في كفالته مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه الى ما عليه بامر متردد فيه

قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافاة بالمدعى عليه غدا فلا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال وهذا الوجه منسوب الى الشيخ الامام ابى المنصور الماتريدي رح وهو كما ترى يقتضي ان لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح المصنف رح والثاني ان الدعوى بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما يبتني عليها وهذا منسوب الى الشيخ الامام ابى الحسن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه ويكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الاولى وهذه النكتة في مقابلة النكتة الاولى لمحمد رح وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية وتقريره ان المال اذا لم يكن معلوما لا باس بذلك لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوي في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة في الابتداء المائة التي يدعيها ويبينها في الآخرة وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعا ويكون القول قوله في هذا البيان لانه يدعي صحة الكفالة **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس من توجه عليه الحد والقصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه بان يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعي عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة رح وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز اجبار الكفالة بحذف المضاف واسناد الجواز الى الكفالة مجازا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقه وفي القصاص لانه خالص حق العبد اي لان الغالب فيه حق العبد على الخلوص لا . . . ان القصاص

(كتاب الكفالة)

مشتمل على الحقين وحق العبد غالب وليس تفسير الجبرههنا الحبس بل الامر بالملازمة
بان يدور الطالب مع المطلوب اينما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره واراد
الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن
وان لم ياذن له بالدخول يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول بخلاف الحدود
الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وان طابت نفس
الكفيل به سواء اعطاه قبل اقامة البينة وبعدها اما قبل اقامتها فلان احدا لم يستحق عليه
حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه لا تسمع دعوى احد في الزنا وشرب الخمر
فهذا لم يكفل بحق واجب على الاصيل وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس وبه يحصل
الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل ولابي حنيفة رح قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة
في حد من غير فصل يعني بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله تعالى قيل هذا
من كلام شريح رضي الله عنه لا من كلام النبي عليه الصلوة والسلام ذكره الخصاف
في ادب القاضي عن شريح وقال صدر الشهيد في ادب القاضي روي هذا الحديث مرفوعا
الى رسول الله عليه السلام ولان مبنى الحدود والقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق
بالتكفيل فان قيل حبس باقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس اتم من اخذ
الكفيل اجيب بان الحبس للتهمة لا للاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ
بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت
مع الشبهات بالشهادة على الشهادة وبحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء الكفيل
كما في الاموال ولو سمحت نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب
من غير جبر عليه في القصاص وحد القذف صح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه
لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل ويتحقق معنى الكفالة وهو الضم
والحق الامام المحبوبي حد السرقة بحد القذف على المذهبين **قوله** ولا يحبس فيها حتى

حتى يشهد شاهدان لايحبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه وفي بعض النسخ فيهما
اي في حد القذف و القصاص حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه اي
يعرف الحاكم كونه عدلا لان الحبس ههنا للتهمة اي لتهمة الفساد لا لاثبات المدعى
لانه يحتاج الى حجة كاملة والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
لان الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت باحد
شطريها وقد روي ان رسول الله عليه الصلوة والسلام حبس رجلا بالتهمة بخلاف الحبس
في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وحاصل الفرق ان ما كان
الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبت وعدم موجبات السقوط وامتنع
عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود
والقصاص فان الاقصى فيها القتل او القطع او الجلد جاز الحبس قبل ثبوته بالحجة للتهمة
ولقائل ان يقول الحبس للتهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة ينافي الدرء بالشبهات والدرء
ثابت بقوله عليه الصلوة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات وبالاجماع على ذلك فينتفي
الحبس للتهمة ويمكن ان يجاب عنه بان يحمل قولهم للتهمة على ان المراد به اتهام
الحاكم ايضا بالتهاون فيه وبيانه ان الدرء مامور به والترك والتهاون حرام لافضاءه
الى فساد العالم الذي شرع الحدود لدفعه فاذا وجد احد شطري الشهادة ولم يحبسه
الحاكم اتهم بانه متهاون في ذلك وهو قادح في عدالته والاتقاء عن امثاله مامور به
فيحبس باحد شطري الشهادة اذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للتهمة عن الحاكم
والحبس من النبي عليه الصلوة والسلام في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن
عليه السلام ممن يتهم بذلك ثم اذا سمع الحجة الكاملة تحيل للدرء هذا والله اعلم
بالصواب وذكر في كتاب ادب القاضي لايحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد
عندهما لان اخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق به فيستغنى عن الحبس وقيل

(كتاب الكفالة)

معني كلامه ان في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين في رواية يحبس ولا يكفل وفي رواية اخرى عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لا محالة **قوله** والرهن والكفالة جائزان في الخراج اورد هذه المسئلة ههنا دفعا لما عسى ان يتوهم ان اخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلات دون الديون المطلقة فان صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك الا يرى انه يحبس به ويمنع وجوب الزكوة ويلازم من عليه لاجله فصحت الكفالة عنه وانما قيل مطلقا يعني في الحيوة والممات احترازا عن الزكوة فانها يطالب بها اما في الاموال الظاهرة فالمطالب هو الامام واما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الامام والكفالة بها لا تجوز لانها غير مطالب بها بعد الموت ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استطرد بذكره في باب الكفالة فقوله لانه دين مطالب به اشارة الى صحة الكفالة فان كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحيوة والممات تصح الكفالة بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لاجله فيه وقوله ممكن الاستيفاء اشارة الى صحة الرهن فانها تعتمد امكان الاستيفاء لكونه توثيقا لجانب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه قيل في كلام المصنف رحمة الله عليه لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك **قوله** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة او على التعاقب لان موجب عقد الكفالة التزام المطالبة اي ان يلتزم الكفيل ضم ذمة الى ذمة الاصيل في المطالبة بان يكون مطلوبا باحضار المكفول عنه كما انه مطلوب بالحضور بنفسه ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه الى الزام من له الطلب على الطالب وهو منفي باطل والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزداد التوثق وما يزداد به الشيء لا ينافيه البتة فكان المقتضي لجوازه موجودا والمانع منتفيا فالقول بامتناعه قول بلا دليل واذا صحت الثانية لم يبرأ الاول لان الثانية عقدناها ليزداد التوثق فلو برأ الاول ما ازداد الا ما نقص فما فرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا

(كتاب الكفالة)

هذا خلاف باطل وقال ابن ابي ليلى يبرأ الكفيل الاول لان التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجبا على الاول كان واجبا في موضعين وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك ههنا والجواب ان ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والاصل موافقتها ويفضي الى عدم التفرقة بين الكفالة والحوالة فان فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ثم اذا سلّم احد الكفيلين نفس الاصيل الى الطالب برئ دون صاحبه **قوله** واما الكفالة بالمال فجائزة لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال وهي جائزة سواء كان معلوما كقوله تكفلت عنه بالف او مجهولا كقوله تكفلت عنه بمالك عليه او بما يدركك في هذا البيع يعني من الضمان بعد ان كان دينا صحيحا لان مبنى الكفالة على التوسع فانها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد ان كانت متعارفة **قوله** وعلى الكفالة بالدرك بفتح الراء وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول وفيه اشارة الى نفي قول من يقول ان الضمان بالمجهول لايصح لانه التزام مال فلايصح مجهولا كالثمن في البيع وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالاجماع وهو ضمان بالمجهول وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة اي شجّة كانت اذا كانت خطاء فانها صحيحة وان كانت لمجهول لاحتمال السراية والاقتصار وانما قيدنا خطاء لانها اذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فانها توجب القصاص والكفالة بها لاتصح ولما مر ذلك في كلامه لم يحتج الى التقييد به وشرط ان يكون المكفول به دينا صحيحا وفسره بان لايكون بدل الكتابة لانه ليس بدين صحيح اذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب لايقدر على اسقاطه من ذمته الا بالايفاء وبدل الكتابة ليس كذلك لاقتدار المكاتب ان يسقط البدل بتعجيزه نفسه وقيل لان المولى لايجب له على عبده شيء فيطالبه به **قوله** والمكفول له بالخيار المكفول له مخير بين ان يطالب الذي عليه الاصل اي الدين ويسمى الدين اصلا لان المطالبة مبنية عليه فان مطالبة الدين ...

(كتاب الكفالة)

غير متصور فكانت المطالبة فرعا وهذا التخيير بناء على ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاولى لا البراءة عنها الا اذا شرطت فيه البراءة فيصير حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة فعلى هذا له ان يطالبهما جميعا جملة ومتعاقبا بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين اي الغاصب وغاصب الغاصب فانه اذا اختار تضمين احدهما لا يقدر على تضمين الآخر لان اختياره احدهما يتضمن التمليك اذا قضى القاضي بذلك فلا يتمكن من التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك **قوله** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثلا ان يقول اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة او اذا مات ولم يدع شيئا او ان حل مالك عليه ولم يواف به فعلي ولا يجوز بشرط مجرد عن الملائمة كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وقيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الريح واستدل بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المجيء بصواع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عليه السلام وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله ورسوله من غير انكار وفيه بحث من وجهين احدهما ما قال بعض الشافعية ان هذه الآية محمولة على بيان الجعالة لمن يأت به لا لبيان الكفالة فهو كقول من ابق عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لان الكفالة انما يكون اذا التزم عن غيره وههنا قد التزم عن نفسه والثاني ان الآية متروكة الظاهر لانها تشتمل على جهالة المكفول له وهي تبطل الكفالة والجواب عن الاول ان الزعيم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما امكن واجب فكان معناه والله اعلم ان يقول المنادي للغير ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم بذلك فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه

نفسه فتحقق حقيقة الكفالة وعن الثاني بان في الآية امرين ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له
واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدهما بدليل لا يستلزم عدم جواز الآخر
فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له
فان الاولى لا تمنع الجواز اصلاً والثانية تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت
بما بايعت احدا من الناس والثالثة تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها
قال الله تعالى حِمْلُ بَعِيرٍ وهو غير معلوم لانه يختلف باختلاف البعير فلم يمنع مطلقا والثانية انما
تمنعه لاجل الاضافة لا للجهالة فان الكفالة المضافة الى المستقبل يابى القياس جوازها
على ما يأتي وانما جوزت استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما
فالمجهول باق على اصل القياس والثالثة انما تمنعه مطلقا لان الكفالة في حق الطالب
بمنزلة البيع حتى لا يصح من غير قبول الطالب وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق
حتى يصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعتاق من غير قبول اصلا واذا كان بمنزلة البيع
في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما ان جهالة المشتري مانعة من البيع
بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق لا تمنع جواز العتق وهذا
هو الموعود بقوله على ما يأتي **قوله** وكذا اذا جعل كل واحد منهما اجلا اي كما لا يصح
تعليق الكفالة بهبوب الريح ومجيء المطر كذا لا يصح جعلهما اجلا للكفالة وفي كلامه نظر
من اوجه الاول ان قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة
مع ان الكفالة لا تجوز الثاني ان قوله وكذا اذا جعل معطوفا على قوله فاما لا يصح
فيكون تقديره وكذا لا يصح اذا جعل ولا يخلوا اما ان يكون فاعل يصح هو التعليق او
الكفالة اذ لم يذكر ثالثا والاول لا يجوز اذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق اذا جعل
كل واحد منهما اجلا والثاني كذلك لقوله بعده الا انه تصح الكفالة الثالث ان الدليل
لا يطابق المدلول لان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط

وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ومع ذلك فليس بمستقيم لانها تبطل بالشرط المحض وهو اول المسئلة ويمكن ان يجاب عن الاول بان حاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ولا ينتفي الكفالة بانتفاء الاجل لان الايجاب المعلق نوع اذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه وقد تقدم في الصرف ما يقاربه انكان على ذكر منك وعن الثاني بان فاعل يصح المقدر وهو الاجل وتقديره وكما لا يصح التعليق لا يصح الاجل اذا جعل كل واحد منهما اجلا وعن الثالث بان المراد بالتعليق بالشرط الاجل مجاز ابقرينة قوله ويجب المال حالا وتقديره لان الكفالة لما صح تعليقها باجل متعارف لم يبطل بالاجل الفاسد كالطلاق والعتاق ومجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك اذا ثبت بالبينة فصح الضمان به وان لم تقم بينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة وانما كان القول قوله لانه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما اذا اقر بشيء مجهول وانما كان مع يمينه لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال واليه اشار بقوله لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه ولا يصح في غرماء دين الصحة حيث يتقدمون على المقر له حال المرض **قوله** ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره والكفالة بامر المكفول عنه وهو ان يقول اضمن عني او تكفل عني وبغير امره سيان في الجواز لان الدليل الدال على جوازها وهو قوله عليه الصلوة والسلام الزعيم

الزعيم غارم وامثاله لا يفصل بين كونها بامره او بغيره ولان الكفالة التزام ان يطالب بما
على الغير وذلك تصرف في حق نفسه وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم اذا
لم يتضرر به غيره وغير المتصرف ههنا هو الطالب والمطلوب فقط والطالب غير متضرر
بل منتفع لا محالة والمطلوب ان تضرر فانما يتضرر بالرجوع عليه وذلك لا يكون الا عند
الامر فاما لم يامر لم يتضرر وان امر فقد رضي والضرر المرضي غير ضار فتبين ان الكفالة
بنوعيها مما يقتضيها المقتضي مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب
ثم ان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دين غيره بامره ومن قضى دين غيره
بامره رجع عليه ولا ينتقض بما اذا كان المكفول عنه صبيا محجورا عليه او عبدا كذلك
وامر الكفيل فانه اذا ادى لا يرجع على الصبي وعلى العبد ما دام رقيقا لان المراد بالامر
ما هو معتبر شرعا وما ذكرتم ليس كذلك ولا بما اذا قال لغيره أدّ عني زكوة مالي او اطعم
عني عشرة مساكين ففعل فقد ادى دين غيره بامره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على
اني ضامن لان المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم
وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه والمتبرع لا يرجع وقال مالك رح الكفيل
اذا ادى رجع سواء كفل بامره او بغير امره لان الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل
او اقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل والجواب ان تمليك الدين من غير
من عليه الدين لا يجوز فاذا كفل بامره فبنفس الكفالة كما يجب المال الطالب على الكفيل
يجب للكفيل على الاصيل ولكن يؤخر الى ادائه وهذا لا يكون عند كفالته بغير امره **قوله**
رجع بما ادى اعلم ان الكفيل يملك المكفول به في فصول منها الاداء الى صاحب الدين
ومنها هبته اياه ومنها ارثه له ومنها صلحه اياه على جنس آخر فاما الفصل الاول فعلى نوعين *
احدهما ان يكون ادى ما ضمن وفيه الرجوع بما ادى لانه مثل ما ضمن * والثاني
ان يكون ادى خلاف ما ضمن كما ادى زيوفا بدل ما ضمن من الجياد وتجوزله ذلك

اوبالعكس من ذلك وفيه الرجوع بما ضمن لا بما ادى قال المصنف رح لانه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل
منزلته وقاس ذلك على فصل الهبة وهو ان يهب المكفول له الدين الذي في ذمة
المكفول عنه للكفيل فان الكفيل يملكه ويرجع على الاصيل بما ضمن وعلى فصل
الميراث وهو ان يموت المكفول له ويرثه الكفيل فانه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه
مقام الطالب وفيه بحث من وجهين * احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين
من غير من عليه الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين * والثاني ان
في الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن
فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعني
ما ادى وما ضمن والجواب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير
من عليه الدين يصح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لان ذلك انما لا يصح
لانه تمليك ما لا يقدر على تسليمه واذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله
بالقبض فقبضه ثم وهبه اياه وح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز والثاني
ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة فاما اذا كانت فيجوز
ان يجعل في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة موضوعة للملك ومن ضرورة
ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك
لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة المديون عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفهما
وهذا يرشدك الى الفرق بين ابراء الدين وهبته له في ان الابراء لا يرتد بالرد والهبة
ترتد به فان الابراء اسقاط محض كالعتاق والطلاق فيتم [illegible] المطالبة
وذلك موجود فلا يرتد بالرد والهبة لما كانت تمليكا اقتضت [illegible] والتسليم
وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فمست الحاجة الى نقله اليه ليصح التمليك و

والتمليک يرتد بالرد فكما لو وهب الدين من الاصيل صح الرد فكذا من الكفيل
وعن الثاني بان التشبه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلک موجود في الجميع
ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطالب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته وقاس
ذلک على صورة الحوالة وهو ان يحيل المديون طالبه على رجل ليس له عليه دين
وادى المحتال عليه ذلک بخلاف ما ضمن فان المحتال عليه يرجع على المحيل بما ضمن
لا بما ادى لانه ملک الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب **قوله** لما ذكرنا في الحوالة قيل يريد به
حوالة كفاية المنتهي **قوله** بخلاف المامور بقضاء الدين جواب دخل تقديره الكفيل
لا يرجع الا اذا ادى بامر المكفول عنه وح لا فرق بينه وبين المامور بقضاء الديون والمامور
يرجع بما ادى فكذلک الكفيل وتوجيهه ان يقال المامور بقضاء الدين لم يجب له
على الآمر شيء حيث لم يلتزم بالكفالة فلا يملک الدين بالاداء حتى ينزل منزلة الطالب
فيرجع بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء فلا بد من اعتبارهما فلو ادى الزيوف
عن الجياد وتجوز له ذلک رجع بها دون الجياد لان الاداء المامور به لم يوجد وان عكس
فكذلک لان الامر لم يوجد في حق الزيادة بل صار متبرعا بها وعلى هذا فقوله رجع بما ادى
باطلاقه فيه تسامح واما اذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين احدهما ان يصالح
على اقل من الدين كما اذا صالح عن الالف على خمسمائة وفيه يرجع بما ادى لا بما ضمن
لانه اسقاط فكان ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه
على ما ذكره * والثاني ان يصالح على جنس آخر وفيه تملک الدين فيرجع بما ضمن
وسيأتي **قوله** وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال الكفيل بالمال ليس له
ان يطالب المكفول عنه به قبل ان يؤدي عنه لان الموجب للمطالبة هو التملک وهو
لا يملکه قبل الاداء فانتفى الموجب بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء
لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما اي بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية

ولهذا وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن وللوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لاجل الثمن كالبائع والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة **قوله** فان لوزم بالمال اذا لوزم الكفيل له ان يلازم المكفول عنه اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه اذا كانت الكفالة بامره وقال الشافعي رح ليس له ذلك لانه لايتعلق له حق على الاصيل قبل الاداء قلنا هو ورطه فعليه التخلص واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى دينه برئ الكفيل لانه ابرأ الاصيل وابراء الاصيل يستلزم ابراء الكفيل لان المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالابراء فلم يبق المطالبة على الاصيل وهو ظاهر ولا على الكفيل لان الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه الا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علتها وقوله في الصحيح احترازا عن قول بعض المشائخ بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل على ما تقدم ولا يتوهم ان على ذلك القول براءة الاصيل لايوجب براءة الكفيل فان ذلك بالاجماع ويعلل بان الكفالة لاتكون الا في ما هو مضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عن الاصيل بالاداء اوالابراء فيسقط عن الكفيل ايضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا فان قيل قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة ولم توجب براءة الكفيل قلنا لا نقض في ذلك فانا قلنا ان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا شرط براءة الاصيل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل بل الباقي اذ ذاك محال عليه ولم نقل بان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه وان ابرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل المطالبة دون اصل الدين وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطالب او بدون الكفيل جائز الا يرى انه لومات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل وان اخر الطالب عن الاصيل

عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت لاسقاط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد ورد بان هذا الاعتبار مع عدم التساوي وهو باطل الا يرى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بل يثبت الابراء وتسقط عنه المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا والجواب ان اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا لانتفى الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون الآخر وهو ما ذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل والتاخير قابل للرد **قوله** بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه يجوز ان يكون جواب دخل تقديره لا نسلم ان التاخير عن الكفيل لا يكون تاخيرا عن الاصيل فان الكفيل اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يكون تاخيرا عن الاصيل ووجه ذلك انه ليس بتاخير عن الكفيل بل هو تاخير لاصل الدين لانه لما شرط التاجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن ح حق للطالب سوى الدين لان المطالبة الحاصلة بالكفالة لم يثبت بعد تعين تاخيره واذا كان تاخير الاصل الدين وهو في ذمة الاصيل تاخر عنه وعن الكفيل جميعا واما ههنا اي فيما اذا اجل بعد الكفالة فانما كان لتاخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تاخير اصل الدين **قوله** فان صالح الكفيل رب المال مصالحة الكفيل رب المال على اقل من قدر الدين بجنسه على اربعة اوجه وهو ان يشترط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل خاصة او لم يشترط شيء من ذلك * ففي الاول والثاني برئا جميعا * وفي الثالث برأ الكفيل عن خمسمائة لا غير والالف بحاله على الاصيل والطالب بالخيار ان شاء اخذ جميع دينه

من الاصيل وان شاء اخذ خمسمائة من الكفيل وخمسمائة من الاصيل ويرجع الكفيل
على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره * وفي الرابع وهو مسئلة الكتاب
فان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يزد على ذلك برئا جميعا
عن خمسمائة لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل حيث لم يكن
على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الاصيل من ذلك وبراءته توجب براءة الكفيل لما تقدم
ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى لانه
اوفى هذا القدر بامره وان قال صالحتك عما استوجب بالكفالة كان فسخا للكفالة لا اسقاطا
لاصل الدين فياخذ الطالب خمسمائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع
الكفيل على الاصيل بما ادى ومصالحته اياه بخلاف الجنس تمليك لاصل الدين منه بالمبادلة
فيرجع بجميع الالف واعترض بانه يلزم تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز
واجيب بانه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تمليك الدين ممن
عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الاصيل لان براءة الكفيل لا توجب براءة
الاصيل بخلاف ما اذا صالح على خمسمائة حيث لا يمكن ان يكون خمسمائة بدلا عن الالف
لكونه ربوا فيبقى الدين في ذمة الاصيل والبراءة مشروطة له وبراءته توجب براءة
الكفيل فيبرءان عن خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة اذا كفل بامره
كما ذكرنا **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له مالا ذكرههنا ثلث مسائل يتعلق بالابراء * احدها
ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهاءها الى الطالب * والثاني ان يذكرا بتداءها
من الطالب * والثالث بالعكس فالاولى ان يقول لكفيل ضمن له بامره مالا قد برئت
الي من المال وفيها يرجع الكفيل على الاصيل لما ذكرنا ان البراءة التي تكون ابتداءها
من المطلوب اي الكفيل وانتهاءها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء فكان بمنزلة ان يقول
دفعت الي المال وقبضته منك وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا

ولا من الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل والثانية ان يقول ابرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الاصيل ولكن لرب الدين ان يطلب ماله من الاصيل لان ما دل عليه اللفظ براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلا يكون اقرارا بالايفاء وهاتان بالاتفاق واما الثالثة وهو ان يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه قال محمد رح هو مثل ان يقول ابرأتك لانه يحتمل البراءة بالاداء والبراءة بالابراء والثانية ادناهما فيثبت **قوله** فلا يرجع الكفيل بالشك يجوز ان يكون دليلا آخر وتوجيهه ان يقال تيقنا بحصول البراءة باي الامرين كان وشككنا في الرجوع لان البراءة ان كانت بالاداء رجع الكفيل وان كانت بالابراء لم يرجع فلا يرجع بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل ان يقول برئت الي لانه اقر ببراءة ابتداءها من المطلوب فانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك انما يكون بفعل يضاف اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فيما نحن فيه الايفاء لانه يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين المال فتقع البراءة وان لم يوجد من الطالب صنع فاما البراءة بالابراء فمما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة وقيل ابو حنيفة رح مع ابي يوسف رح في هذه المسئلة وكان المصنف اختاره فاخره وهو اقرب الاحتمالين فالمصير اليه اولى وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل واما اذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة واعترض بوجهين احدهما ان المجمل ما لا يمكن العمل به الا ببيان من المجمل وقد ظهر مما ذكر ان العمل به ممكن والثاني ان حكم المجمل التوقف قبل البيان وههنا قد اتفقوا على العمل في الوجه الاول والثاني بالاثبات والنفي فكيف يكون مجملا مع انتفاء لازمه واجيب بان قوله برئت الي وان كان بمنزلة الصريح في حق ايفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بان يقال برئت الي لان ابرأتك وان كان بعيدا من الاستعمال وما ذكروه في تعليل الاوجه الثلثة

(كتاب الكفالة)

استدلالي لاصريح في الايفاء و غير الايفاء فكان العمل به عند العجز كالعمل بالنص فلما امكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وان كان واضحا في دلالته على المراد وكونه غير صريح في الايفاء والابراء هوالذي سوّغ استعمال لفظ المجمل والرجوع الى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لا شبهة فيه وهذا تطويل لا طائل تحته ان كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحي وان كان المراد المجمل اللغوي وهوما كان فيه ابهام فالخطب اذن يهون هونا **قوله** ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل ان يقول اذا جاء غد فانت بريء من الكفالة لا يجوز لانها ليست باسقاط محض لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض ورد بما لوكفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جوّز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به والمسئلة في الايضاح ويروى انه يصح لانها اسقاط محض كالطلاق لان على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل والاسقاط المحض يصح تعليقه وقيل في وجه اختلاف الروايتين ان عدم الجواز انما هو اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه اصلا كقوله اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف فيما بين الناس كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل فاما اذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الايضاح فان للطالب فيه نفعا لما فيه من ابراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل الا يرى ان صاحب الدين اذا قال عجل خمسمائة على اني ابرأتك من الباقي كان صحيحا وان علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما اذا كان الشرط شرطا محضا غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله **قوله** وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به ذكر ضابطة لما لا تصح الكفالة ومعنى قوله لا

لا يمكن لا يصح لان امكان الضرب اوجزّ الرقبة ليس بمنتف لا محالة لكنه لا يصح شرعا
وعبر عنه بعدم الامكان مبالغة في نفي الصحة فاذا كفل رجل آخر بما عليه من الحدود
والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه لان الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه
وهو متعذر اذ الوجوب عليه اما ان يكون اصالة والفرض خلافه اونيابة وهي لا تجري
في العقوبات قالوا لان المقصود هو الزجر وهو بالاقامة على النائب لا يحصل وفيه تشكيك
وهو ان الزجر اما ان يكون للجاني بان لا يعود الى مثل ما فعل اولغيره فان كان الاول
فقد لا يحصل المقصود كما ترى بعض المتهتكين يعود الى الجناية وان كان الثاني فقد حصل
المقصود بالاقامة على النائب هذا في الحدود * واما في القصاص فالاول منتف قطعا لعدم
تصوره بعد الموت اصلا لا محالة والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالاجماع
اولى فانه لم يرو لاحد من اهله خلاف في عدم جريانها في العقوبات فيكون التشكيك ح
تشكيكا في المسلمات وهو غير مسموع **قوله** اذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الكفالة
بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لانه دين صحيح كسائر الديون وعلى هذا يكون
ذكره تمهيدا لذكر الكفالة بالمبيع والاعيان المذكورة بعده واعلم ان الاعيان بالنسبة الى
جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر
ومال المضاربة والشركة والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون
لغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء
والمغصوب والكفالة بها كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة
فيما يكون امانة او مضمونا بالغير ويصح فيما يكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا للشافعي رح
فعلى هذا لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بان يقول الكفيل للمشتري ان هلك المبيع
فعليّ بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه مضمون بالدين ولا بالوديعة
والمستعار والمستاجر لانها امانة ويجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء

والمغصوب ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها اعيان مضمونة بعينها ومعنى ذلك ان يجب قيمتها عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر* ومنع الشافعي رح الكفالة بالاعيان مطلقا بناء على اصله ان موجب الكفالة التزام اصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الاعيان وان شرط صحتها قدرة الكفيل على الايفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون الاعيان * ولنا بناء على اصلنا ان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي ان يكون المطلوب مضمونا على الاصيل لا محالة والامانات ليست كذلك والمضمونة بغيره كالمبيع المضمون بالثمن والمرهون المضمون بالدين لا القيمة غير مضمون على الاصيل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيا لدينه ولا يلزمه مطالبته فلا يتصور الكفالة * وان كان الثاني اعني الكفالة بتسليم الاعيان المذكورة فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن والمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين جاز * وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده حتى قضي الدين ولعل محمله اختلاف الروايتين * فان هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لان العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان بمقدار الدين او زائدا عليه والزيادة عليه من ماله كان امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فان الواجب فيها عدم المنع عند الطلب لا التسليم ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا تجوز بعينها وان كان واجب التسليم كالمستاجر بفتح الجيم اذا ضمن رجل بتسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة وعجل الاجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة والكفيل ماخوذ بتسليمها ما دامت حية فان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة

الاجارة انفسخت وخرج الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل
به وترك المصنف رح ذكر المستعار كما ترك ذكر الوديعة اشارة الى عدم جوازه وانه
تابع شمس الائمة في ذلك فانه قال الكفالة بتسليم العارية باطل * قيل وهذا ليس بصواب
فقد نص محمد رح في الجامع ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وفيه نظر فان شمس الائمة
ليس ممن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها
قوله لانه التزم فعلا واجبا دليل لما ذكره وفيه اشارة الى التفرقة بين ما يكون واجب
التسليم وما لا يكون كما فصلنا **قوله** ومن استاجر دابة للحمل اعلم ان من استاجر
دابة معينة للحمل فكفل رجل بتسليمها صحت لما تقدم آنفا وان استاجر غير معينة للحمل
فكفل رجل بالحمل فكذلك لان المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة بنفسه
وان استاجرها للحمل فكفل بالحمل لم تصح قال المصنف رح لانه اي الكفيل
عاجز عنه اي عن الحمل على الدابة المعينة لان الدابة المعينة ليست في ملكه والحمل
على دابة نفسه ليس حملا على تلك الدابة وفيه نظر لان عدم القدرة من حيث
كونه ملك الغير لو منع صحتها لما صحت بالاعيان مطلقا كما ذهب اليه الشافعي رح
واستدل به على عدم جوازها في الاعيان مطلقا وما ذكر في الايضاح جوابا للشافعي رح
وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الاعيان المضمونة في الجملة فصح التزامه لان ما يلزمه
بعقده يعتبر فيه التصور وذلك غير دافع لان تسليم ما التزمه متصور في الجملة وكان الواجب
صحتها فيما نحن فيه ايضا وكذا اذا استاجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم يصح
لما بينا انه عاجز عما كفل به **قوله** ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال آخرا يجوز اذا
اجاز حين ما بلغه ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة قيل اي نسخ كفالة المبسوط
وفيه نبوة لان نسخ كفالة المبسوط لم تتعدد وانما هي نسخة واحدة فالوجود في بعضها

دون بعض يدل على ترك في بعض او زيادة في آخر وذكر في الايضاح وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز ثم قال وذكر قوله في الاصل في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الآخر
وعلى هذا يجوز ان يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط وعلى هذا الخلاف
ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف رح في وجه الرواية التي لم يشترط
الاجازة فيها انه تصرف التزام وهو ظاهر وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالاقرار والنذر
فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه التزاما فقط وبان الاقرار اخبار عن واجب سابق والاخبار
يتم بالمخبر والنذر من العبادات ومن له العبادة لا يشترط قبوله لعدم العلم به وله في وجه
رواية التوقف على الاجازة ما ذكرناه في الفضولي في النكاح وهو ان يجعل كلام الواحد
كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لانه لا ضرر في هذا التوقف على احد ومنع
عدم الضرر لجواز رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل عن حق الطالب كما هو
مذهب بعض العلماء في ان الكفالة اذا صحت برئ الاصيل وفي ذلك ضرر على الطالب
ولهما ان في عقد الكفالة معنى التمليك لان فيه تمليك المطالبة من الطالب فلا يتم
بعد الايجاب الا بالقبول والموجود شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وعلى
هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على اجازته لوجود شطريه **قوله** الا في مسئلة واحدة
هذا استثناء من قوله لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له فكانه قال لا تصح ذلك عندهما
الا في مسئلة واحدة استحسانا والقياس عدمها لما مر ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان
الا بقبوله ولان الصحيح لو قال ذلك لورثته او لاجنبي لم يصح فكذا المريض وللاستحسان
وجهان * احدهما ان يقال اذا قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكانه قال
اوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وان لم يسم المكفول لهم وقد تقدم
ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ولهذا قال المشائخ رحمهم الله انما تصح هذه الكفالة
اذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية واذا كان في معناها لا يكون القبول في

(كتاب الكفالة)

في المجلس شرطا قيل في كلام المصنف رح تسامح لانه في معنى الوصية لا انه وصية
من كل وجه لانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض وقد ذكر في المبسوط
ان هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لانه قال لان ذلك وصية في الحقيقة ومثل هذه
العبارة تستعمل عند المحصلين فيما اذا دل لفظ بظاهره على معنى واذا نظر في معناه يؤول
الى معنى آخر وح لا فرق بين ان يقول في معنى الوصية او وصية في الحقيقة * والثاني ان يقال
المريض قائم مقام الطالب لحاجته اليه اي الى قيامه مقامه بوجود ما يقتضيه من نفع المريض
بتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينافيه من نفع الطالب فصار كان الطالب قد حضر بنفسه
وقال للوارث تكفل عن ابيك لي فان قيل قيامه مقام الطالب وحضوره ليس محل
النزاع وانما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجاب المصنف بقوله وانما يصح بهذا اللفظ
ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق اي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة
لا المساومة نظرا الى ظاهر الحالة التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح كقول الرجل لامرأة
زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت وظاهر قوله
ولا يشترط القبول يدل على ان [illegible] في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء وتمثيله بالامر بالنكاح يدل
على قيام لفظ واحد مقامهما ويجوز ان يكونا مسلكين في هذه المسئلة قوله ولو قال المريض ذلك
لاجنبي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى يعني اذا قال المريض لاجنبي تكفل عني بما علي
من الدين ففعل الاجنبي ذلك اختلف المشائخ فمنهم من لم يصحح ذلك لان الاجنبي
غير مطالب بقضاء دينه لا في الحيوة ولا بعد موته بدون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه
سواء ولو قال الصحيح ذلك لاجنبي او لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له فكذا المريض ومنهم
من صححه لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع في تركته فصح
هذا من المريض على ان يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما
تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فكان هذا القياس اعني انه بطريق الوصية

كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ولهذا اجاز مع جهالة المكفول له وجواز ذلك من المريض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعدمها **قوله** واذا مات الرجل وعليه ديون اذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي صحيحة وهي قول الائمة الثلثة لهما ان الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الاصيل وكل كفالة هذا شانها فهي صحيحة بالاتفاق وانما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لان كونه دينا صحيحا هو المفروض وثبوته اما ان يكون بالنسبة الى الدنيا او الآخرة ولا كلام في ثبوته وبقائه في حق احكام الآخرة واما في حق احكام الدنيا فهو ثابت ايضا لانه وجب لحق الطالب بلا خلاف وما وجب لا ينتفي الا بابراء من له الحق او باداء من عليه الحق او بفسخ سبب الوجوب والمفروض عدم ذلك كله فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ومما يدل على ثبوته في حق احكام الدنيا انه لو تبرع به انسان صح تبرعه ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع واذا كان به كفيل او له مال فان الدين باق بالاتفاق فدل على ان الموت لا يغير وصف الثبوت ومما يدل على ذلك ان المشتري لو مات مفلسا قبل اداء الثمن لم يبطل العقد ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض بطل العقد بهلاك الثمن ولما لم يبطل ههنا علم ان الدين باق عليه في احكام الدنيا ولابي حنيفة رحمه الله ان الدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة وكل فعل يقتضي القدرة والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة ان المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الاداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب يقال دين واجب كما يقال الصلوة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة انما هو في الافعال فان قلت لزم قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلمي اهل السنة فعليك به.

بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمامور به فان قلت فقد يقال المال واجب اجاب المصنف رح بقوله لكنه اي الدين في الحكم مال لان تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس الا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب لان الاداء الموصوف به يؤل اليه في المآل فكان وصفا مجازيا فان قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور اقر بدين فانها تصح وان تعذر المطالبة في حالة الرق قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم يبق اهلا للوجوب عليها وهذا التقرير كما ترى يشير الى ان المصنف ذكر دليل ابي حنيفة رح بطريق المعارضة ولو اخرجه الى سبيل الممانعة بان يقول لا نسلم ان الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فان الدين هو الفعل كان احدق في وجوه النظر على ما لا يخفى على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن اعادتها في ما هو نظيره فيما سيأتي **قوله** والتبرع لا يعتمد قيام الدين جواب عما قالا ولو تبرع به انسان صح يعني ان التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال لفلان على فلان الف درهم وانا كفيل به صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا ولان بطلان الدين انما هو في حق الميت لا المستحق لان الموت يخرج من قام به عن المحلية واذا كان باقيا في حق المستحق حل له ان ياخذ بدينه ما تبرع به الغير وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفلسا لبقائه في حق البائع فان السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى الى غيره بخلاف الفلوس اذا كسدت فان الملك قد بطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد **قوله** واذا كان به كفيل جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وبيانه ان القدرة شرط الفعل اما بنفس القادر او بخلفه واذا كان به كفيل او له مال فان انتفى القادر فخلفه وهو الكفيل او المال في حق بقاء الدين باق وقوله او الافضاء على ما هو السماع وعليه اكثر النسخ تنزل وكانه

(كتاب الكفالة)

قال الكفيل والمال ان لم يكونا خلفين فالافضاء الى الاداء بوجودهما باق بخلاف ما اذا عدما ويجوز ان يكون في الكلام لف ونشر وتقديره فخلفه وهو الكفيل والافضاء اي ما يفضي الى الاداء وهو المال باق وعلى هذا يشترط في القدرة اما نفس القادر او خلفه او ما يفضي الى الاداء وقد وقع في بعض النسخ اذ الافضاء على وجه البدل لقوله فخلفه وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قوله * شعر *
نحن بما عندنا وانت بما * عندك راض والرأي مختلف * وههنا كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت لان رجاء الاداء منهما باق لان الخلف ما يحصل كما بينا من الاصل عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين وفيه ما يرى من التكلف مع العبية عنه بالاولى فان استدل الخصم باطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم فانه لا يفصل بين الحي والميت وبما روي ان النبي عليه السلام اتي بجنازة انصاري ليصلي عليه فقال عليه السلام هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام علي او ابو قتادة رضي الله عنه على اختلاف الروايتين وقال هما علي يا رسول الله فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها كما امتنع قبلها فماذا يكون جواب ابي حنيفة رحمه الله عليه عن ذلك * فالجواب ان قوله الزعيم غارم يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت المفلس هل هو زعيم اولا واما حديث الانصاري فانه يحتمل ان يكون ذلك من علي وابي قتادة رضي الله عنهما اقرارا بكفالة سابقة فان لفظ الاقرار والانشاء سواء فيها ولا عموم لحكاية الحال ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع * ونحن نقول بجوازه بدليل ما روي انه عليه السلام كان يقول لعلي ما فعل الديناران حتى قال يوما قضيتهما فقال الآن بردت عليه جلدته ولو كان كفالة لاجبره على ذلك والحق ان من قال بان الدين ساقط عن ذمته الى ... القول ببطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم اليه وجاحد ...

متساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل الذمة المعدومة موجودة **قوله** ومن كفل عن رجل بالف رجل كفل عن رجل بامره بالف عليه فقضى الاصيل الكفيل الالف قبل ان يعطي الكفيل الالف صاحب المال فلا يخلو اما ان قضاه على وجه الاقتضاء بان دفع المال اليه وقال اني لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة وهو ان يقول الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع الى الطالب فان كان الاول فليس للاصيل ان يرجع فيها اي في الالف المدفوع وانثه باعتبار الدراهم لانه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يبطل هذا الاحتمال باداء الاصيل بنفسه حق الطالب ليس له ان يسترده لان الدفع اذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيا لئلا يكون سعيا في نقض ما اوجبه وهذا كمن عجل الزكوة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان يستردها لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة بعد الحول فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ولان الكفيل ملكه بالقبض على ما نذكره * وان كان الثاني فليس له ان يسترده ايضا لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لا يملكه لانه تمحض في يده امانة فان تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصدق به لانه ملكه حين قبضه والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة * وانما قلنا انه ملكه حين قبضه لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل * فان كان الاول فظاهر لانه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبض كمن قبض الدين المؤجل معجلا * وان كان الثاني فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل قال في النهاية وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث تاخيره طالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ

(كتاب الكفالة)

رهنا بدين مؤجل ولو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل وقال كذا ذكره الامام قاضي خان والامام المحبوبي وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا والمسائل المستشهد بها ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب الكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل اخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ولهذا اي لكونه نازلا منزلته لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل اداءه صح وكذا اذا اخذ رهنا او وهبه منه والى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ويجوز ان يكون للكفيل والمعنى بحاله اي الكفالة توجب للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل مايوجب للطالب على الكفيل من المطالبة وفيه من التمحل ما ترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرد ماله من المطالبة مع ان المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة او القبض فان له المطالبة ولا يملك ما قبض ولعل الصواب ان يكون توجيه كلامه لانه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل وح لا منافاة بينه وبين ما تقدم ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لان بالنسبة الى الطالب ليس على الكفيل الا المطالبة واما ان يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا نفي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلث مطالبات دين ومطالبة حالين للطالب على الاصيل ومطالبة له فقط على الكفيل بناء على ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة ودين ومطالبة للكفيل على الاصيل الا ان المطالبة متأخرة الى وقت الاداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ولهذا ليس له ان يطالبه قبل الاداء كما تقدم وان قبل فما

فما معنى قوله فينزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل قلنا معناه فينزل هذا الدين المؤجل
منزلة الدين المؤجل لم يكن بالكفالة وفي ذلك اذا قبضه معجلا ملكه فكذا ههنا هذا ما سنح
لي والله اعلم الان فيه اي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه
الاقتضاء وقد ادى الاصيل الدين نوع خبث على مذهب ابيحنيفة رحمه الله نبينه
في مسئلة الكفالة بالكر والخبث لا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع
في آخر فصل احكام البيع الفاسد واما اذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه اصلا في قولهم جميعا *
واذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله لانه
ربح من اصل خبيث وفي قول ابي يوسف رحمه الله يطيب لان الخراج بالضمان *
اصله المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فيه فانه على الاختلاف **قوله** ولو كانت الكفالة
بكر حنطة مما مر كان حكم الربح فيما لا يتعين اما اذا كانت الكفالة فيما يتعين ككر من حنطة
قبضها الكفيل من الاصيل قبل ان يؤدي الى الطالب وتصرف فيها وربح فالربح له
في القضاء لما بينا انه ملكه قال ابوحنيفة رحمه الله واحب الي ان يرده على الذي قضاه
يعني المكفول عنه ولا يجب الرد عليه ذلك في الحكم وهذه رواية الجامع الصغير عن ابي حنيفة رح
وفي رواية كتاب البيوع عنه الربح له ولا يتصدق به ولا يرده على الاصيل وبه اخذ
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وفي رواية كتاب الكفالة عنه انه لا يطيب له ويتصدق به
وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ومن ربح
في ملكه يسلم له الربح ووجه رواية الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك لاحد الوجهين *
اما لان الاصيل بسبيل من الاسترداد على تقدير ان يقضي الكر بنفسه واذا كان كذلك
كان الربح حاصلا في ملك متردد بين ان يقرّ وان لا يقر ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم
الملك اصلا كان خبيثا فاذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث * واما لانه رضي بذا اي
بكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به

فتمكن فيه الخبث وهذا الخبث اي الذي يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع الى اول الكلام وتقريره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع فهذا الخبث يعمل في الكر لانه مما يتعين والخبث سبيله التصدق فيتصدق به ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحقه اي لحق الذي قضاه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذا اصح لان الحق للمكفول عنه لكنه استحباب لا جبر فاذا رد عليه فان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان قال الامام فخر الاسلام والاشبه ان يطيب له لانه انما رد عليه باعتبار انه حقه هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء واذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله لا يطيب الربح للكفيل وعند ابي يوسف رح يطيب **قوله** ومن كفل عن رجل بالف اذا امر الاصيل الكفيل ان يعامل انسانا بطريق العينة وفسره المصنف رح بان يستقرض من تاجر عشرة فيابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشرة مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل عنه خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع فهو عليه لا على الاصيل ويسمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فان الاعراض عن الاقراض ليس بمكروه والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك والا لكان المرابحة مكروهة قيل اما مبرة الاقراض فلقوله عليه السلام الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر واما مذموم البخل فلقوله عليه السلام البخيل بعيد من الله بعيد من الناس بعيد من الجنة والسخي قريب من الله قريب من الناس قريب من الجنة بعيد من النيران وانما لزم الربح للكفيل دون الاصيل لانه اما كفالة فاسدة على ما قيل نظرا الى قوله علي فانه كلمة ضمان لكنه فاسد لان الضمان والكفالة انما يصح بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على

على احد فلا يصح ضمانه كرجل قال لآخر بع متاعك في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا ضامن به لك فانه غير صحيح * واما وكالة فاسدة نظرا الى قوله تعين يعني اشترلي حريرا بعينة ثم بعه بالنقد باقل منه واقض ديني وفسادها باعتبار ان الحرير غير متعين اي غير معلوم المقدار والثمن كذلك فان قيل الدين معلوم والمامور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا اجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن واذا فسدت الكفالة والوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة على الدين عليه لانه هو العاقد ومن الناس من صوّر للعينة صورة اخرى وهو ان يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا في الصورة التي ذكرها في الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم ان المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعه الى المستقرض فيندفع حاجته فيحصل لرب الثوب ثوبه ودرهمان بعشرة دراهم فيكون مكروها لما حصل غرضه في الربو بطريق المواضعة فرارا عن القرض المندوب * وانما توسطا بثالث احترازا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن * ومنهم من صور بغير ذلك وهو مذموم اخترعه اكلة الربو وقد ذمهم رسول الله عليه السلام بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل واياكم والعينة فانها لعينة **قوله** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل بينته حتى يحضر المكفول عنه لان قبولها يعتمد صحة الدعوى ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لان المكفول به اما مال مقضي به على الاصيل لدلالة ما قضي بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستلزامه على ذلك فان معنى ذاب تقرر والتقرر انما هو بالقضاء والدعوى مطلق عن ذلك فلا مطابقة بينهما واما مال يقضى به

(كتاب الكفالة)

يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله اطال الله بقاءك فهو وان كان ضعيفا لان ارادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لاطلاقها وتقييد المكفول به حتى قيل ان من ادعى على الكفيل ان قاضي بلد كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت بينته لوجود المطابقة حينئذ * والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة الى ان المكفول به مال قضي او يقضى به بعد الكفالة والمدعي يدعي الغايصح ان يكون قبل عقد الكفالة او بعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك وليس في لفظ المصنف رح ما يدل على ذلك اصلا كما ترى والتعليل بدون ذلك صحيح لان المكفول به اما مال مقضي ولم يدعه او مال يقضى به ومع غيبة الاصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ومن اقام البينة على ان له على فلان الف درهم وان هذا كفيل عنه بامره قضي به على الحاضر والغائب جميعا وان ادعى الكفالة بغير امره قضي به على الحاضر خاصة وههنا يحتاج الى ثلثة فروق ذكر المصنف رح منها اثنين * احدهما ان البينة قبلت ههنا دون ما تقدم لان المكفول به ههنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به او يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة بخلاف ما تقدم كما مر * ومن الفرق بينهما ان هناك لو صدقه فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه او ما قضي لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال وههنا لو قال كفلت لك عنه بالف درهم لكن ليس لك شيء ان بلغت اليه والآخر الفرق بين الكفالة بامر وبينها بغير امر مع ان القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة في ان لا يكون الكفيل خصما عن الاصيل بين ان يكون بامره او بغيره ووجه ذلك ما ذكره بقوله لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء فلما كان كذلك فهما غيران لا محالة وانما

(كتاب الكفالة)

واذا ثبت ذلك فبدعواه احدهما لا يقضي له بالآخر لان الحاكم انما يقضي بالسبب الذي يدعيه المدعي الا يرى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعي الكفالة بالامر وقضي بالكفالة بالامر ببينة ثبت امره بحجة كاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الاصيل لانه اي الشان ان صحة الكفالة بغير امر يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل حتى لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شيء فلا يتعدى الدين عن الكفيل الى الاصيل والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسروا قام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل الكفالة فانه يقضي بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغيره * ووجهه ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يمكن اثبات ما يدعي على الحاضر الا باثبات ما يدعي على الغائب والكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون القضاء على الاصيل لانه معلوم ومعرف بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان المجهول يحتاج الى التعريف والتعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فصار كانه قال ان كان لك على فلان مال فانا كفيل فاثبته المدعي وسيأتي تمام ذلك قريبا وفي الكفالة بامر يجوز ان يكون فرقا آخر بين ما اذا اقام البينة على الكفالة بامره وبين ما اذا اقام عليها بغيره وان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو ثبت الكفالة بامره عيانا رجع الكفيل بما ادى على الاصيل [illegible] لما انكر الكفيل الكفالة فقد زعم ان الطالب ظلمه والمظلوم [illegible] انه قضي عليه صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه كمن

(كتاب الكفالة)

اشترى شيئا واقر بان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالثمن لان الشرع كذبه في زعمه ونوقض بما قال محمد رحمه الله في من اشترى عبدا فباعه ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب به ثم اراد ان يرده على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رح حيث لم يبطل زعمه مع ان القاضي لما قضى عليه بالرد بالعيب كذبه في زعمه واجيب بانه انما لم يكن له ان يرده على بائعه لان قوله لا عيب به نفي للعيب في الحال والماضي والقاضي انما كذبه في قيام العيب عند البائع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البائع الاول ليس بشرط للرد على الثاني فافترقا **قوله** ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك وهو التبعة على ما مر والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم اي تصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون مشروطة في البيع اولا فان كان الاول وهو شرط ملائم للعقد اذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فكانه هو الموجب للعقد فالدعوى بعد ذلك منه سعي في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان الكفيل شفيعا بطلت شفعته وبطلان السعي في نقض ما تم من جهته من مسلمات هذا الفن لا يقبل التشكيك بالاقالة ونحوها فانها صحيحة وان كان طلبها سعيا في نقض ما تم من جهة الطالب * على ان المراد بالنقض ما يكون بغير رضى الخصم والاقالة ليست كذلك فهي فسخ لا نقض * وان كان الثاني فالمراد بالكفالة احكام البيع وترغيب المشتري لاحتمال ان لا يرغب المشتري في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فيكفل تسكينا لقلبه فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البائع فان ادركك درك فانا ضامن وذلك اقرار بملك البائع ومن اقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك وانما قال نزل منزلة الاقرار لانه يؤل اليه في المعنى **قوله** ولو شهد وختم ولو شهد الشاهد على

على بيع الدار وختم شهادته بان كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا
ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الائمة الحلوائي
ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف
كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم اولا فان ادعى
لنفسه يسمع دعواه وتقبل شهادته لغيره ايضا لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع
لعدم الملائمة ولا هي اقرار بالملك لان البيع تارة يوجد من المالك واخرى من غيره
فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه ولعله انما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة
بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فانه اقرار بالملك لما تقدم قال مشائخنا رح ما ذكر
ان الشهادة على البيع لا يكون تسليما محمول على ما اذا لم يكتب في الصك ما يوجب
صحة البيع ونفاذه مثل ان يكون المكتوب فيه باع فلان او جرى البيع بين فلان وفلان
فشهد على ذلك وكتب شهد فلان البيع او جرى البيع بمشهدي * واما اذا كتب فيه
ما يوجب صحته ونفاذه مثل ان يكون باع فلان كذا وهو يملكه وكتب الشاهد شهد بذلك فانه
تسليم فلا تصح دعواه الا ان يشهد على اقرار المتعاقدين فانه ليس بتسليم وان كان
المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ *

* فصل في الضمان *

ومن باع لرجل ثوبا الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ولما كان مسائل الجامع
الصغير وردت بلفظ الضمان فصلها للتغائر في اللفظ واعلم ان كل من رجع اليه حقوق
العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به فمن وكل رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن
فالضمان باطل وكذا المضارب اذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لان الكفالة
التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة اليهما اي الى الوكيل والمضارب لان حق القبض
للوكيل بجهة الاصالة في البيع بناء على ما هو الاصل ان حقوق العقد ترجع الى الوكيل

حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان باراً في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا وكذا المضارب واذا كان كذلك فلو صح الضمان لزم ان يكون الشخص ضامنا لنفسه وفساده لا يخفى ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فانه امر اعتباري لا يظهر عند الخصومة ولان المال امانة في يد الوكيل والمضارب وهو ظاهر فلو صح ضمانهما لكانا ضمينين فما فرضناه امينا لم يكن امينا وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه الى الشركة في الربوبية وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريرا تاما فيرد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمستعير والمودع لم يجز لذلك ولقائل ان يقول الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز ان يكون المال امانة بايديهما اذا لم يضمنا فاما اذا ضمنا فيكون ذلك رفعا للامانة الى الضمان وتحولا من حكم شرعي الى حكم شرعي فصار كما اذا باع بالف ثم باع بالف وخمسمائة والجواب ان رفع الامانة انما يكون ببطلان الوكالة كيلا يتخلف المعلول عن علته وبطلانها ح انما يكون ضرورة صحة الكفالة والكفالة ههنا بمنزلة الفرع للوكالة لانه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز ان يصح على وجه يبطل به اصلها بخلاف مسئلة البيع فان الثاني ليس فرعا للاول وكذلك اذا باع رجلان عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح لانه ان صح فان كان بحصته من الثمن شائعا صار ضامنا لنفسه وقد تقدم فساده وان صح في نصيبه مفرزا ادى الى قسمة الدين قبل قبضه وذلك لا يجوز لان القسمة افراز وذلك اما ان يكون حسا او بوصف مميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور * وذكر في الفوائد الظهيرية في تعليله لان ما يستحق بنصيب احدهما فللآخر ان يشاركه فيه اذا كان [illegible] الا بدليل ان احدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ولو صح الضمان فما يؤديه انما يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع .

ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصفه الباقي ثم وثم الى ان
لا يبقى شيء فهذا معنى قول مشائخنا ان في تجويز هذا الضمان ابتداءً ابطاله انتهاءً * فقلنا
ببطلانه ابتداء ولا معنى لما قيل في تعليل هذه المسائل لو صح الضمان اما ان يصح بنصف
شائع او بنصف هو نصيب شريكه لان الضمان يضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا *
وقوله ولا وجه الى الثاني لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا ايضا لانعقاد
الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة
فكذا اذا ضمن احدهما بنصيب صاحبه ولكن التعويل لما ذكرنا نقله صاحب النهاية
وغيره وفيه نظر لان قوله فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع فيه الرجوع انما يصح
لو كان الرجوع باعتبار نقض ما ادى وهو ممنوع بل من حيث انه استيفاء لما يستحقه
عليه ولم يبق له حق فيما بقي بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه وقوله لان الضمان يضاف
الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا يجاب عنه بان نصيب الشريك وهو النصف مثلا له
اعتباران اعتبار نصف شائع في كل جزء من اجزاء الثمن واعتبار نصف مفرز في بعض
افراده لا تعلق له في الباقي من الافراد ولا خفاء في اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك
نقص في التعقل وقوله لا معنى لهذا ايضا لانعقاد الاجماع الى آخره يجاب عنه بانه
انما لم تلزم القسمة فيه لان ما اشترى احدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر
ان يشاركه بخلاف ما اذا باعا صفقتين بان سمى كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن
احدهما للآخر بنصيبه فان الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر
لانه لا شركة ثمه لانها تكون باتحاد الصفقة والفرض خلافه واستوضح بقوله الا يرى
ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويرد الآخر وله ان يقبض نصيب احدهما اذا
نقد ثمن حصته وان كان قبل الكل ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك قوله ومن
ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز الضمان عن الخراج والنوائب والقسمة

جائز * اما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج * قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بان يوظف الامام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الامام مايخرج من الارض لانه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة وقد تقدم في هذا الشرح مايفرق به بين الخراج والزكوة وذكر المصنف رح فرقا آخر بقوله وهو بخالف الزكوة لانها مجرد فعل اذا الواجب فيها تمليک مال من غير ان يكون بدلا عن شيء والمال آلته ولهذا لاتؤدى بعد موته الا بالوصية واما النوائب فقد يراد بها مايكون بحق وقد يراد بها ماليس بحق والاول ككري الانهار المشتركه واجر الحارس للمحله وما وظف الامام لتجهيز الجيش وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلک والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظلما كالقبيح فيها اختلاف المشائخ * قال بعضهم لايصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء عليه شرعا ههنا * وقال بعضهم يصح وممن يميل اليه الامام البزدوي يريد فخر الاسلام لان صدر الاسلام ممن مال الى عدم صحتها * قال فخر الاسلام واما النوائب فهي مايلحقه من جهة السلطان من حق او باطل او غير ذلک مماينوبه صحت الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة الذي يأخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره باذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع قال شمس الائمة هذا اذا امره به لا عن اكراه اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع واما قوله

قوله وقسمته فقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد انه قال وقع هذا الحرف غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل والفعل غير مضمون واجيب بان القسمة قد تجيء بمعنى النصيب قال الله تعالى وَنَبِّئْهُمْ اَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ والمراد النصيب * وكان الفقيه ابو جعفر الهند واني يقول معناها ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الآخر عن ذلك فضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لان القسمة واجبة عليه * وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه فيكون الرواية على هذا قسمه بالضمير لا بالتاء وقد علمت ان القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء وقال بعضهم هي النوائب بعينها وذكر تفسير النوائب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب العطف للتفسير او حصة منها اي من النوائب يعني اذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة كري النهر المشترك فاصاب واحدا شيء من ذلك فيجب اداءه وكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع قيل ولكن كان ينبغي ان يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو وليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلّٰهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ فاشار المصنف الى ان الرواية باو وعلى تقدير ان يكون القسمة حصة من النوائب لان القسمة اذا كانت حصة منها فهو محل او واما اذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو الماهر * وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد من النوائب ما ينوبه غير راتب قيل وممن قال بهذا القول الامام فخر الاسلام والصدر الشهيد ما ذكرناه يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق واختلاف المشائخ رح فيما كان بغير حق قوله ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وروي عن ابي يوسف رح وابراهيم بن يوسف رح ان القول فيهما للمقر له وقال الشافعي رح القول فيهما للمقر * له ان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة واجيب

بفساد الاعتبار لان الاجل في الدين عارض كما سيأتي ولابي يوسف رح انهما تصادقا على
وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق فيه الا بالحجة اعتبارا
بالاقرار بالدين * واجيب بما اجيب به الشافعي رح * ووجه الفرق بينهما ان المقرا قر بالدين
مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل فكان ثمه اقرارا على نفسه ودعوى على غيره
والاول مقبول والثاني يحتاج الى برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وفي الكفالة
ما اقر بالدين لانه ليس عليه في الصحيح كما تقدم وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضح الفرق
بينهما ولقائل ان يقول هب انه لا دين عليه فيقر به اليس انه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول
اقر بالمطالبة مدعيا حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثمه اقرارا على نفسه ودعوى الى
آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق * وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما كانت التزام المطالبة
وجب ان لا يثبت الاجل عند دعواه الكفيل لانه اذا ثبت بطلت الكفالة وفيه من التناقض
ما لا يخفى والجواب ان المصنف رح ذكر الفرق الاول اقناعيا جدليا لدفع الخصم
في المجلس وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما ذكروا ان الكفالة
التزام المطالبة اعم من كونها في الحال او في المستقبل والثاني موجود في ما نحن فيه
فلا مناقضة **قوله** ولان الاجل في الديون عارض هو الفرق الثاني ومبناه على ان
ما لا يثبت لشيء الا بشرط كان من عوارضه وما يثبت له بدونه كان ذاتيا له وهو حسن
لانا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والاجل في الديون
بهذه المثابة لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات مال لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط
وفي الكفالة ليس كذلك فانه يثبت مؤجلا من غير شرط اذا كان مؤجلا على الاصيل
فكان الاجل ذاتيا لبعض الكفالة منوعا له كالناطق المنوع لبعض الحيوان وهذا اقصى
ما يتصور في الدقة من الدقة في اظهار المأخذ واذا كان الاجل في الديون عارضا
لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار واذا كان في

في الكفالة ذاتيا كان اقرارا بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله ووقع في المتن والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابويوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والعكس هو المشهور من مذهبهما * فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما * ومنهم من حمله على الغلط من الناسخ ولعله اظهر **قوله** ومن اشترى جاريه وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحقت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن لان احتمال الاجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع ان يوخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن عليه فلو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه واذا لم ينتقض لم يجب الثمن على الاصيل واذا لم يجب على الاصيل لم يجب على الكفيل وانما قاله على ظاهر الرواية احترازا عما قال ابويوسف رح في الامالي له ان ياخذ الكفيل قبل ان يقضى على البائع لان الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته فكذلك تجب على الكفيل فان قيل فاذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينها وبين الاستحقاق اجاب المصنف رح بقوله بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله ان شاء وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل اراد بترتيب الاصل ترتيب محمد رح فانه افتتح كتاب الزيادات بباب الماذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما املى به ابويوسف رح فان محمدا رح اخذ ما املى ابويوسف رح بابا بابا وجعله اصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب فكان اصل الكتاب من تصنيف ابي يوسف رح وزياداته من تصنيف محمد رح ولذلك سماه كتاب الزيادات وكان ابتداء املاء ابي يوسف رح في هذا الكتاب من باب الماذون ولم يغيره محمد رح تبركا به ثم رتبها

الزعفراني على هذا الترتيب الذي هي عليه اليوم **قوله** ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ذكرههنا ثلث مسائل الاولى ضمان العهدة وقال انه باطل ولم يحك خلافا والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق والثالثة ضمان الخلاص وقد اختلفوا فيه فاما بطلان الاولى فلان هذه اللفظة مشتبهة لاشتراك وقع في استعمالها فانها تقع على الصك القديم الذي عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه وماليس بمضمون على الاصيل لا تصح الكفالة به وقد تقع على العقد لانها ماخوذة من العهد والعهد والعقد واحد وقد تقع على حقوق العقد لانها من ثمرات العقد وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما فتعذر العمل به واما جواز الثاني اي ضمان الدرك فان العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به * واما الثالث فابو حنيفة رح قال هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة اي على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل وهما جعلاه بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه وضمان الدرك صحيح واجيب بان فراغ الذمة اصل فلا يشتغل بالشك والاحتمال ذكرا بو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان بن فلان فعلى فلان خلاصه او رد الثمن وهذا يشير الى ان بطلان الضمان انما كان بالخلاص منفردا واما اذا انضم اليه رد الثمن فهو جائز دليل وعلى هذا ففي كلام المصنف رح نظر لان الواجب عند العجز عن تسليم المبيع انما هو الثمن لا القيمة وهو مدفوع بان المراد به الثمن مجازا فشهرة امره هذه ... التركيب باستعمال المجاز في ما لا يلتبس فضلة هذا ما يدل عليه كلام المصنف

كلام المصنف رح وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو تفسير الدرك وهذا يدل على ان الخلاف ايضا في العهدة ثابت * وذكر في الفوائد الظهيرية واما ضمان العهدة فقد ذكر ههنا اي في الجامع الصغير انه باطل ولم يحك خلافا * وذكر بعض مشائخنا رح ان عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان العهدة ضمان الدرك وهو خلاف ما ذكره المصنف رح فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف

* باب كفالة الرجلين *

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما ان الاثنين بعد الواحد طبعا فاخره وضعا ليناسب الوضع الطبع **قوله** اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشترى الرجلان عبدا بالف فالثمن دين عليهما لا محالة فان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل وكل من كان في النصف اصيلا وفي النصف الآخر كفيلا فما ادى الى تمام النصف كان عما عليه بحق الاصالة صرفا الى اقوى ما عليه كما لو اشترى ثوبا وعشرة دراهم بعشرين درهما فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لان الواجب به اقوى لحاجته الى القبض في المجلس وما عليه بحق الاصالة اقوى لانه دين وما عليه بحق الكفالة مطالبة لا دين وهي تابعة للدين لابتنائها على الدين فان المطالبة بالدين بدون الدين غير متصورة فلا يعارضه بل يترجح الدين عليها وينصرف المصروف اليه الى تمام النصف وفي الزيادة عليه لا معارضة اذ لم يكن عليه فيها بحق الاصالة شيء فانتفى المعارضة لانتفاء احد المتعارضين في النصف كان انتفاؤها لكون احدهما راجحا لا لانتفائه **قوله** ولان ذلك الآخر على ... ما اوردة بقياس الخلف فانه جعل نقيض المدعى

وهو الرجوع على صاحبه مستلزما المحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فانه
قال لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه لكن ليس لصاحبه
ان يرجع عليه لانه يؤدي الى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه وقوله لان اداء
نائبه كادائه بيان للملازمة وتقريره ان صاحب المؤدى يقول له انت اديته عني بامري
فيكون ذلك كادائي ولو اديت بنفسي كان لي ان اجعل المؤدى عنك فان رجعت
علي وانا كفيل عنك فانا اجعله عنك فارجع عليك لان ذلك الذي اديته عني فهو
ادائي في التقدير ولو اديت حقيقة رجعت عليك فعلى تقدير ادائي كذلك والشريك
الآخر يقول مثل ما قال فادى الى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدى
عن نصيبه خاصة الى تمام النصف لينقطع الدور بخلاف الزيادة على النصف فانه
لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه ان يرجع عليه اذ ليس على الشريك بحكم
الاصالة الا النصف فيفيد الرجوع واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه بكل المال وعن الاصيل كذلك فاجتمع على كل واحد من الكفيلين
كفالتان كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما
مطالبة له على الاصيل واخرى على الكفيل وصح الكفالة عن الكفيل لان موجب
الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل
وكما تصح حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح
فكل شيء اداه احدهما [illegible] قليلا كان المؤدى او كثيرا لان ما ادى احدهما
وقع شائعا عنهما ان الكل [illegible] فلا يرجح البعض على البعض [illegible] له
في النصف اجمة [illegible] المعارضة بينها [illegible] الكفالة واذا [illegible]
[illegible] يؤدي الى الدور لان [illegible] الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى
ولا [illegible] برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم لان كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال

المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالته عن شريكه وجعل المؤدى
عن الكفالة يؤدي الى الدور كما تقدم * وانما قال في الصحيح ليأتي الفروع المبنية
على ذلك فانه قال ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنيابته
ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا عن الاصيل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لهما
وقال وان شاء يعني من ادى منهما شيئا رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل عنه
بجميع المال بامره ولو كان احدهما كفيلا عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الاصيل
وقال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة
الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا من قوله ان تكون
الكفالة بالكل عن الاصيل ولهذا يأخذه به وهو ظاهر **قوله** واذا افترق المتفاوضان
فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين اذا افترق المتفاوضان وعليهما دين
فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع ذلك فان ادى احدهما شيئا لم يرجع على شريكه
بشيء حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لانها تنعقد على الكفالة بما كان
من ضمان التجارة ولهذا كان للغرماء ان يطالبوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان الكفالة تثبت
بعقد المفاوضة قبل الافتراق ولا تبطل بالافتراق فاذا طالبوا احدهما فاخذوا الدين منه
ليس له ان يرجع على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة
الرجلين **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان
قال المولى كاتبتكما على الف الى كذا وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه صح ذلك
استحسانا والقياس بخلافه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحدة منهما
على الانفراد باطل فعند الاجتماع اولى ان تكون باطلا * اما بطلان كفالة المكاتب
فلان الكفالة تبرع والمكاتب ليس باهله * واما بطلان الكفالة ببدل الكتابة فلان [illegible]
تقتضي دينا صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك * وجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما

اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه اي باداء كل واحد منهما كانه قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر فهذا او ان يجعل كل واحد منهما كفيلا بالف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب وهذا انما يستقيم اذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها واما اذا اختلف الكتابتان فان عتق كل واحد منهما تعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحهما بهذا الطريق واذا عرف ذلك عرف استواءهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل اولم يرجع بشيء انتفى المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما صح العتق لمصادفته العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى يكون موزعا منقسما عليهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يتعدى في غير موضعها واذا اعتق استغنى عنه وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وعورض بانه اذا كان مقابلا بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب ان لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر واجيب بان الرجوع بنصف ما ادى انما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى لان المؤدى لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ باداء عن نفسه وعتق لان المكاتب اذا ادى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص اضرار بالمولى بتفريق الصفقة فاوقعنا المؤدى عنهما جميعا واذا بقي النصف على الآخر فالمولى ان يأخذ بدايهما شاء اما المعتق فبالكفالة واما صاحبه فبالاصالة فيل اخذ المعتق بالكفالة تصحيح الكفالة ببدل الكتابة وهي باطلة واجيبوا بان كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك فبقي

فبقي على تلك الصفة لان البقاء يكون على وفق الثبوت فان اخذ الذي اعتقه رجع على صاحبه بما ادى لانه اداه عنه بامره وان اخذ صاحبه لم يرجع عليه بشيء لانه ادى عن نفسه

* باب كفالة العبد وعنه *

حق هذا الباب التاخير لان العبد متاخر عن الحر اما لشرفه واما لان الاصل في بني آدم هو الحرية ووضع تبويبه يقتضي تقديم كفالة العبد في البحث ولكن اعتبر كون الواو للجمع المطلق وفيه ما فيه **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه قوله لا يجب عليه صفة المال وجواب المسئلة قوله فهو حال * وعدل عن عبارة محمد رح في الجامع الصغير وهي قوله عن محمد عن يعقوب عن ابيحنيفة رحمهم الله في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال الى عبارته في الكتاب لان عبارة محمد رح يحتاج الى تاويل فان العبد اذا استهلك المال عيانا يوخذ به في الحال قال فخر الاسلام مراده اذا اقر بالاستهلاك وكذبه المولى * وقال بعضهم مراده العبد المحجور عليه البالغ اذا اودع مالا فاستهلكه فانه لا يوخذ به في الحال بل بعد العتاق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله واما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فلا يحتاج الى شيء لتناوله ما اذا اقر العبد باستهلاكه وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى او اودعه انسان فاستهلكه فانه لا يوخذ بذلك كله في الحال * اما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المليء او المفلس * واما كونها حالا فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق الدين وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي فصار كالكفالة عن غائب يصح ويوخذ ..

الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس بتشديد اللام فانها تصح ويوخذ الكفيل به في الحال وان كان في حق الاصيل متأخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يوخذ من العبد الا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين موجل حتى لا يوخذ الكفيل ايضا الا بعد الاجل اجاب بقوله بخلاف الدين الموجل لانه متأخر بموخر يعني ان الدين ثمه تأخر عن الاصيل بموخر اي امر يوجب التاخير وهو التاجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزم الكفيل ذلك فيلزمه موجلا ثم اذا ادى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قوله ومن ادعى على عبد مالا الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما اذا كان المكفول بنفسه حرا او عبدا فان بموته يبرأ الكفيل لبراءة الاصيل كما لو كان حرا وذكر هذه تمهيدا للذي بعدها ولبيان الفرق بينهما فان ادعى رقبة العبد على ذي اليد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى رد الرقبة على وجه يخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا في حق الكفيل بخلاف الاول اي الضمان الاول لان محل ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله * وانما قيد باقامة البينة احترازا عما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل قوله واذا كفل العبد عن مولاه باذنه اذا كفل العبد عن مولاه بامره فالحال لا يخلو اما ان يكون عليه دين مستغرق اولا * فان كان الاول لم يصح كفالته لحق الغرماء وان كان باذن المولى * وان كان الثاني صحت اذا كانت بامره لان مالية العبد لمولاه فله ان يجعلها للدين بالرهن والاقرار بالدين * واذا كفل المولى عن

عن عبده فهي صحيحة سواء كانت بالنفس او بالمال مديونا كان العبد او غير مديون
فاذا صحت الكفالة وادى العبد بما كفل به بعد عتقه او ادى المولى ذلك بعد عتق عبده
لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع لان الموجب للرجوع وهو الكفالة
بالامر تحقق والمانع وهو الرق قد زال وقلنا هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد
لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب
على عبده دينا بحال وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل
عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فان الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل بشيء
من ذلك ونوقض بان الراهن اذا اعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين
فانه يرجع به على المولى مع ان العبد هناك لا يستوجب دينا على مولاه واجيب بانه
مغالطة فان كلامنا في ان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وفيما ذكرت الحر يستوجب
دينا لان استيجاب الدين عليه انما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون
مما نحن فيه ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر او عبد وانما قال
بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البدل وكل دين يكون للمولى عليه ايضا
غير بدل الكتابة اما في بدل الكتابة فلانه دين غير مستقر لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم فكان القياس ان لا يصح ايجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا ان المولى
لا يستوجب على عبده شيئا من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ
فِيهِمْ خَيْرًا وكل ما ثبت مع المنافي كان غير مستقر اي ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر
في حق صحة الكفالة لاقتضائها دينا مستقرا لانها لتوثيق المطالبة واذا كان غير مستقر
جاز ان يسقط بغير اختيار الطالب فلم تبق للكفالة فائدة بل قد يكون هزوا ولعبا **قوله** ولانه
دليل آخر على عدم استقراره فانه اذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر من الدين
ما لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وقوله ولا يمكن اثباته دليل آخر على المدعى وهو عدم

(كتاب الحوالة)

صحت الكفالة ببدل الكتابة * وتقريره ان الكفالة به ان صحت فلا يخلو اما ان يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الاصيل وهو ان يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الاصيل نفسه او مطلقا ولا سبيل الى كل واحد منهما * اما الاول فظاهر لان الاصيل بتعجيز نفسه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك * واما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لان من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقا لمعنى الضم ونفيا للزيادة على المستلزم الا يرى ان الدين لو كان على الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ولو كان جيدا او زيفا على الاصيل كان على الكفيل كذلك والمطلق غير متحد مع المقيد فلو الزمناه مطلقا لزم الزام الزيادة على ما التزمه وهو غير جائز * واما في غير بدل الكتابة فلانه اذا عجز نفسه سقط عنه وتفسخ الكتابة سقوط بدلها لابتنائه عليها اذ لولاها لم يستوجب المولى عليه شيئا وبدل السعاية كمال الكتابة في عدم جواز الكفالة للمولى على قول ابي حنيفة رح لكونه دينا غير مستقر لثبوته مع المنافي لما ان احكام المستسعى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين وتنصيف الحدود وغيرها وعلى قولهما تصح لان بدل الكتابة لم يكن مستقر السقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المديون

* كتاب الحوالة *

الحوالة تناسب الكفالة من حيث ان فيهما التزاما لما على الاصيل كما في الكفالة ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر اذا اشترط موجب احدهما للاخرى عند ذكر الاخرى لكنه اخر الحوالة لانها تتضمن براءة الاصيل والبراءة تقفو الكفالة فكانت بمنزلتها * والحوالة في اللغة منقول وحروفها كيفما تركبت دارت على معنى الزوال والنقل * وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الاصيل الى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به واما شروطها فسنذكر في اثناء الكلام وكذا حكمها وانواعها قوله وهي جائزة بالديون الحوالة جائزة بالديون دون الاعيان اما الجواز فبدليل العقل والنقل اما الاول فما روى ابو داود

(كتاب الحوالة)

ابوداؤد في السنن وقال حدثنا القعنبي عن مالك عن ابى الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على مليء فليتبع* وقال الترمذي في جامعه بعد ماروى الحديث باسناده الى ابي هريرة رض حديث ابي هريرة حديث حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على مليء فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب ليس بمشروع لا يكون مامورا من الشارع فدل على جوازها* واما الثاني فلانه قادر على ايفاء ما التزمه وهو ظاهر وذلك يوجب الجواز كالكفالة واما اختصاصها بالديون فلانها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا والتحويل في الدين لا في العين وتقريره الحوالة تحويل شرعي والتحويل الشرعي انما يتصور في محوّل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة فجاز ان يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه* واما العين اذا كان في محل محسوسا فلا يمكن ان يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي وليس ذلك مما نحن فيه **قوله** وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه شرط صحة الحوالة رضى المحتال لان الدين حقه وهواي الدين ينتقل في الحوالة والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ولا خلاف في ذلك لاهل العلم واما رضى المحتال عليه فهو شرط عندنا* وقال الشافعي رح ان كان للمحيل دين عليه فلا يشترط وبه قال مالك واحمد رح لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو داع عبدا فانه لا يشترط رضاه لان الحق للمحيل عليه فله ان يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل بالاستيفاء واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع* قلنا انه الزام الدين ولا لزوم بدون الالتزام لا يقال الزام الحاكم بالبينة على المنكر الزام بدون الالتزام لان الحكم اظهار للالتزام لا الزام واما رضى المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعلل بان ذوي المروات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلابد من رضاهم وذكر في الزيادات ان الحوالة تصح بدون رضاه لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل

لا يتضرر به بل فيه نفع لان المحال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قيل وعلى هذا يكون
فائدة اشتراطه الرجوع عليه اذا كانت بامره وقيل لعل موضوع ما ذكر في القدوري
ان يكون للمحيل على المحال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فانها ح يكون اسقاطا لمطالبة
المحيل عن المحال عليه فلا يصح الا برضاه والظاهر ان الحوالة قد تكون ابتداؤها
من المحيل وقد تكون من المحال عليه * والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور
بدون الارادة والرضى وهو وجه رواية القدوري * والثاني احتيال يتم بدون ارادة المحيل
بارادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية الزيادات * وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب
اليه الائمة الثلثة بناء على ان ايفاء الحق حقه فله ايفاؤه من حيث شاء من غيره مردود
بتعيين بعض الجهات او عدم اشتراطه مطلقا كما ذهب اليه بعض الشارحين بناء على رواية
الزيادات ليس على ما ينبغي **قوله** واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
اذا تمت الحوالة بركنها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين * وقوله بالقبول متعلق
بقوله اذا تمت الحوالة والمراد به رضاء من رضاه شرط فيها على ما تقدم * وقوله من الدين
اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشائخنا رحمهم الله * فان منهم من ذهب الى انها
توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعا * ومنهم من ذهب الى انها توجب
براءتها عن المطالبة ومنشاء ذلك ذكر محمد رح احكاما تدل على القولين فمما يدل على الاول
ما قال ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابرأ من الدين بعد الحوالة لا تصح هبته
وابراؤه ولو بقي الدين في ذمته وجب ان يصح ولو ابرأ المحال عليه او وهب الدين منه
صح وهذا يقتضي تحول الدين الى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل عنه * ومما يدل
على الثاني ان المحتال اذا ابرأ المحال عليه صح ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل
اصل الدين الى المحال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرأ المحيل قبل الحوالة والاصيل
في الكفالة فان الابراء ح يكون تمليك الدين ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد * ومما

(كتاب الحوالة)

ومنها ان المحيل اذا نقد ماللمحتال يجبر المحتال على القبول ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعا في نقد المال كالاجنبي والاجنبي اذا تبرع بقضاء الدين لايجبر رب المال على قبوله * قالوا والاول هو الصحيح لانها تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله * وقيل الاول قول ابي يوسف رح والثاني قول محمد رح * والفائدة تظهر في الراهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترد الرهن فعند ابي يوسف رح يسترده كما لو ابرأه عن الدين وعند محمد رح لايسترده كما لو اجل الدين بعد الرهن وفي ما اذا ابرأ الطالب المحتيل بعد الحوالة عند ابي يوسف رح لايصح ابرأته بالحوالة وعند محمد رح يصح لبقاء الدين في ذمته اذ المتحول بها هو المطالبة لا غير لا يقال ماذكره المصنف رح يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض لذكرها لان انتفاء الدين بلا مطالبة يستلزم وجود الملزوم بلا لازم وهو ممتنع فاكتفى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها اياه وقال زفر رح لا يبرأ لان الحوالة كالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وفي الكفالة لا يبرأ فكذا في الحوالة وقال ابن ابي ليلى رح ونقل ذلك عن مالك رح الكفالة كالحوالة قلنا ذكرنا وفي الحوالة يبرأ فكذا في الكفالة وجوابهما واحد وهو ان الحكم مضاف الى ماذكرتم من الاشتراك بل الى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلاف مفهوم الآخر لغة فان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والحاصل نقل الدين عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم وهو يقتضي بقاء ما يضم اليه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني اللغوية واعترض بالحوالة بغير امر المحيل فانها حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل وهو نقض اجمالي والجواب انا لا نسلم ان لا نقل فيها فانه بعد اداء الدين ظاهر التحقق ولهذا لا يبقى على المحيل شيء قوله والتوثق باختيار الاملى جواب لزفر رح تقريره سلمنا ان كل واحد منهما عقد توثق لكن براءة المحيل لا تنافيه لان التوثق يتحقق معها باختيار الاملى اي الاقدر على الايفاء

(كتاب الحوالة)

لبسطة سعة ذات اليد والاحسن قضاء بان يوفيه بالاجود بلا مماطلة وهو في الحقيقة ينزل في الجواب بالقول بالموجب وقوله وانما يجبر على القبول جواب نقض يرد على قوله والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية وتقريره لو صح ذلك لانتقل الدين من المحيل فصار اجنبيا منه فاذا نقده كان الواجب ان لا يجبر المحتال على القبول اي لا ينزل منزلة القابض اذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود ويكون المحيل اذ ذاك متبرعا كالاجنبي فباداء الاجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول وتقرير الجواب لا نسلم ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا لو لم يحتمل عود المطالبة اليه بالتوي وهو محتمل فلا يكون متبرعا **قوله** ولم يرجع المحال على المحيل الا ان يتوى حقه هذا عطف على قوله برئ المحيل اي اذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحال على المحيل بشيء الا ان يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة اي عن شرط الرجوع على المحيل عند التوى وهو ظاهر حيث لم يكن ثمه ما يدل على التقييد وكل ما كان كذلك فلا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء وتأيد بما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال ابعدك الله فابعده بمجرد احتياله ولم يجوز له الرجوع قلنا البراءة حصلت مطلقة لفظا او مطلقا والثاني ممنوع والاول مسلم لكن لا يفيد كم لجواز ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وان كانت مطلقة بدلالة الحال لان المقصود من شرع الحوالة التوصل الى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب لان الذمم لا تختلف في الوجوب وانما تختلف بالنسبة الى الايفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد لكونها هو المطلوب فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق المحال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى

اشتري شيئا فهلك قبل القبض فانه ينفسخ بنفسه العقد و يعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك
لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشتري وهذا يشير الى ان الحوالة تنفسخ ويعود الدين
وهو عبارة بعض المشائخ وقوله او تفسخ الحوالة لفواته اي لفوات المقصود وهو السلامة
لانه قابل للفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت وكل ما هو قابل له اذا فات
المقصود منه ينفسخ كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا واختار رده فانه ينفسخ البيع ويعاد الثمن
وان لم يشترط ذلك في العقد لما مر اشارة الى عبارة آخرين منهم وهو يشير الى ان الحوالة
تفسخ ويعاد الدين على المحيل فالمصنف رح جمع بين طريقتي المشائخ رحمهم الله
واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيهما بمعنيين مختلفين ويؤيد ما ذهبنا اليه
ما روي عن عثمان رضي الله عنه قال اذا توى المال على المحال عليه عاد الدين على
المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الاجماع
وعورض بان المحال وقت الحوالة مخير بين ان يقبل الحوالة فينتقل حقه الى ذمة
المحال عليه وبين ان يأباها ابقاء لحقه في ذمة المحيل وكل مخير بين شيئين اذا اختار احدهما
تعين عليه ولا يعود الى الآخر * كالمغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين ثم توي ما عليه
لم يرجع على الآخر بشيء * وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد
ثم توي عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء والجواب ان قوله اذا اختار احدهما
تعين عليه اما ان يريد به شيئين احدهما اصل والآخر خلف عنه او كل منهما اصل * فان كان
الثاني فليس مما نحن فيه فقياسه عليه فاسد * وان كان الاول فلا نسلم انه اذا اختار احدهما
تعين بل اذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع الى الاصل لان اختيار
الخلف وترك الاصل لم يكن الا للتوثق فاضافة تواء الحق الى وصف يقتضي ثبوته
فاسدة في الوضع قوله والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين توي المال اذا تلف وهو
عند ابي حنيفة رح يتحقق باحد الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة فيحلف ولا بينة

(كتاب الحوالة)

للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لانه ح لا يقدر على مطالبته * واما ان يموت مفلسا لان العجز عن الوصول الى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما * اما في الاول فلما ذكرنا * واما في الثاني فلانه لم يبق ذمة يتعلق بها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحال الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر الاستيفاء وجب الرجوع * وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بناء على ان الافلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما قالا التوى وهو العجز عن الوصول الى الحق نقد حصل ههنا لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحال عليه * وقال عجز عن ذلك عجزا يتوهم ارتفاعه بحدوث المال لان مال الله غاد ورائح وقد تقدم معناه في الكفالة فلم يكن كالموت ولو مات المحال عليه فقال المحال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط والشافي رح القول قول الطالب مع يمينه على علمه لانه متمسك بالاصل وهو العسرة * يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة **قوله** واذا طالب المحال عليه المحيل اذا طالب المحال عليه المحيل بمثل الحوالة مدعيا قضاء دينه من ماله فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لان سبب الرجوع وهو قضاء دينه بامره قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو منكر فالقول قول المنكر والبينة للمحيل فان اقامها بطل حق المحال عليه في الرجوع فان قيل لم لا يجوز ان يكون الحوالة اقرارا منه بالدين عليه اجاب بقوله لانها قد تكون بدونه اي الحوالة قد تكون بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه * ح يكون التقييد بالدين تقييدا بلا دليل واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله ليقبضه

ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل اجاب بقوله ولفظة الحوالة ومعناه ان دعواه تلك دعوا
ما هو من محتملات لفظه وهو الوكالة فان لفظة الحوالة تستعمل فيها مجازا لما في الوكالة
من نقل التصرف من الموكل الى الوكيل فيجوز ان يكون مراده من لفظه ذلك فيصدق لكنه
مع يمينه لان في ذلك نوع مخالفة للظاهر **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم اعلم ان الحوالة
على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة بالعين
التي له في يد المحال عليه بالوديعة او الغصب والثاني ان يقيدها بالدين الذي له
على المحال عليه * والمطلقة وهي ان يرسلها ارسالا لا يقيدها بدين له على المحال عليه
ولا بعين له في يده وان كان له ذلك عليه او في يده او ان يحيل على رجل ليس له عليه دين
ولا له في يده عين ايضا * وهو على نوعين حالة ومؤجلا فالحالة هي ان يحيل المديون
الطالب على رجل بالف حالة فانها تكون على المحال عليه كذلك لانها لتحويل الدين
من الاصيل فيتحول على الصفة التي على الاصيل والفرض انها كانت على الاصيل
حالة فكذا على المحال عليه وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل الاداء لكنه
يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة * والمؤجلة هو ان يكون الدين على الاصيل مؤجلا
فيحيل على المحال عليه بذلك الاجل فان المال يكون على المحال عليه الى ذلك
الاجل لانه قبلها كذلك * اذا عرف هذا فقوله ومن اودع رجلا الف درهم احال بها عليه
آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه وديعة وقوله
لانه اقدر على القضاء دليل جوازه وذلك بوجهين * احدهما ان الاداء بها يتحقق من غير
حق المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الاداء فكان اقدر * والثاني ان الوديعة حاصلة معينة
لا تحتاج الى كسب والدين قد يحتاج اليه واذا كان اقدر على القضاء كان اولى بالجواز
وكانت جائزة بالدين فلان تكون جائزة بالعين اجدر فان هلكت الوديعة برئ المودع
وهو المحال عليه وليس للمحتال شيء عليه لتقييدها بها اي لتقييد الحوالة بالوديعة لانه ما التزم

الاداء الا منها فيتعلق بها وتبطل بهلاكها كالزكوة المتعلقة بنصاب معين وقوله بخلاف
ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب بان كان الالف مغصوبا عند المحال عليه وقيد الحوالة بها
بيان لجوازها بالعين المغصوبة وانها اذا هلكت لا يبرأ الغاصب لان المغصوب اذا هلك
وجب على الغاصب مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا فكان الفوات بهلاكه فواتا
الى خلف وذلك كلا فوات فكان باقيا حكما وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم وللمديون على آخر كذلك واحال المديون
الطالب على مديونه بالف على ان يوفيه من الالف التي للمطلوب عليه فانها جائزة
وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت او غصبا
وبالدين ان لا يملك المحيل المحتال عليه بذلك العين او الدين الذي قيدت الحوالة به
بعدها لانه تعلق به حق المحتال فانه انما رضي بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفي حقه
مما للمحيل عليه او بيده فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يمكن
من اخذها ولو دفعها المودع او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير
على مثال الرهن فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ من يد المرتهن
لئلا يبطل حق المرتهن وقوله وان كان اسوة للغرماء اشارة الى حكم آخر يخالف
حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حق الاخذ للمحيل والراهن وهو ان الحوالة
اذا كانت مقيدة بالعين او الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئا
سوى العين الذي له بيد المحال عليه او الدين الذي عليه فالمحتال اسوة للغرماء بعد موته
خلافا لزفر رح وهو القياس لان دين غرماء المحيل يتعلق بمال المحيل وهو صار اجنبيا
من هذا المال ولهذا لا يكون له ان يأخذه في حال حيوته فكذا بعد وفاته ولان المحتال
كان اسبق تعلقا بهذا المال لتعلقه في صحته وحق الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحتال
على غيره كالمرتهن قلنا العين الذي بيد المحتال عليه للمحيل والدين الذي عليه لم يصر

لم يصره مملوكا للمحتال بعقد الحوالة لا يدا وهو ظاهر ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للنقل فيكون بين الغرماء واما المرتهن فانه ملك المرهون يدا وحبسا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره ان يشاركه فيه **قوله** وهذا اشارة الى قوله ان لا يملك المحيل * وتقريره ما ذكرناه آنفا وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وانها لا تبطل بأخذ المحيل ما له عند المحال عليه من العين او عليه من الدين لانه الضمير للشان لا تعلق لحق المحال به اي بما عند المحال عليه او عليه بل يتعلق حقه بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فأخذ ما له عنده او عليه لا يبطل الحوالة وعلى هذا ليس للمودع والغاصب ان يؤدي دين المحتال من الوديعة والغصب وللمحيل ان يأخذهما مع بقاء الحوالة كما كانت **وقوله** ويكره السفاتج السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب اصله سفته يقال للشيء المحكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وصورتها ان يدفع إلى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وقيل هو ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وهو نوع نفع استفيد بالقرض وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا * وقيل هذا اذا كانت المنفعة مشروطة واما اذا لم تكن فلا باس بذلك ثم قيل انما اورد هذه المسئلة في هذا الموضع لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فانها معاملة ايضا في الديون والله اعلم بالصواب

* كتاب ادب القاضي *

لما كان اكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي والقاضي يحتاج الى خصال حميدة يصلح بها للقضاء وهذا الكتاب لبيان ذلك والادب اسم يقع على كل رياضة محمودة يخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل قاله ابو زيد * ويجوز ان يعرف بانه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه * ولا شك ان القضاء بالحق من

(كتاب ادب القاضي)

اقوى الفرائض واشرف العبادات بعد الايمان بالله امر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمد صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين قال الله تعالى انا انزلنا التورية فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولاتتبع اهواءهم **قوله** ولا تصح ولاية القاضي لايصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولّى بلفظ اسم المفعول واختاره على المتولي بلفظ اسم الفاعل اشارة الى ان القاضي ينبغي ان يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ ويكون اي المولّى من اهل الاجتهاد* اما الاول يعني اشتراط شرائط الشهادة فلان حكم القضاء يستقى اي يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهو تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل مايستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة يشترط له شرائط الشهادة* لان ولاية القضاء لما كانت اعم واكمل من ولاية الشهادة اومترتبة عليها كانت اولى باشتراطها* وربما لوح المصنف بقوله يستقى استعارة للاستفادة الى ذلك وعلى هذا كل من كان اهلا للشهادة كان اهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق اهل للقضاء لاهليته للشهادة حتى لو قلد جاز الا انه لا ينبغي ان يقلد لانه لايؤتمن في امر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فانه لاينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا بناء على ان العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم ولو كان عدلا ففسق باحد الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة او غيره مثل الزنا او شرب الخمر لاينعزل اذ لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الامر وهذا يقتضي نفوذ احكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره مالم يعزل واليه اشار الامام البزدوي **قوله** وهذا اشارة الى ان استحقاق العزل دون العزل هو ظاهر المذهب وروي عن الكرخي انه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب ابي يوسف رح ويجوز

(كتاب ادب القاضي)

ويجوز ان يكون اشارة الى ذلك والى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فان اختيار الطحاوي ان الفاسق اذا قلد القضاء لا يصير قاضيا والاول اظهر لقوله وعن العلماء الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وهو قول الشافعي رح فانه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا يقبل شهادته عنده وقيل هذا بناء على ان الايمان يزيد وينقص فان الاعمال من الايمان عنده فاذا فسق فقد انتقص ايمانه وقال بعض المشائخ رح اذا قلد الفاسق يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل به لان المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها وكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها واعترض بان قول الفقهاء البقاء اسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والاول ثابت لانه من مسلمات هذا الفن يبتني عليه احكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداء فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ والجواب يوخذ من الدليل المذكور وهو ان التقليد كان معلقا بالشرط فان تعليق القضاء والامارة بالشرط جائز بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وامّر عليهم زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة اميركم وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح ادب القاضي والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه والفرق بين القضاء والامامة والامارة في ان الامام او الامير اذا كان عدلا وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الامامة والامارة ان مبنى الامارة على السلطنة والقهر والغلبة الا ترى ان من الامراء من غلب وجاروا جازوا احكامه والصحابة تقلد والاعمال منه وصلوا خلفه* واما مبنى القضاء فانه على العدالة والامانة واذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة والفاسق هل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين والفاسق لا يؤتمن عليها وقيل يصلح لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب واما الثاني يعني اشتراط

الاجتهاد للقضاء فان لفظ القدوري يدل على انه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصلح وقد ذكر محمد رح في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا لكن الصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية قال الخصاف القاضي يقضي باجتهاد نفسه اذا كان له رأي فان لم يكن له رأي وسال فقيها اخذ بقوله **قوله** واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا يحتمل ان يكون مراده بالجاهل المقلد لانه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلا بالنسبة الى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ويحتمل ان يكون المراد به من لا يحفظ شيئا من اقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله خلافا للشافعي رح فانه علله بقوله ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري فان الانسان لا يصل الى المقصود بتحري غيره بالاتفاق فان الانسان لو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك والاول هو الظاهر ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره لان المقصود من القضاء هو ان يصل الحق الى المستحق وذلك كما يحصل من اجتهاد نفسه يحصل من المقلد اذا قضى بفتوى غيره ويؤيده ما ذكره احمد بن حنبل رح في مسنده ان عليا رضي الله عنه قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا وانا حديث السن فقلت ترسلني الى قوم يكون بينهم احداث ولا علم لي بالقضاء فقال ان الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك فانه يدل على ان الاجتهاد ليس بشرط للجواز لان عليا رضي الله عنه حينئذ لم يكن من اهل الاجتهاد * نعم ينبغي للمقلد ان يختار الاقدر والاولى لقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وهو حديث ثبت بنقل العدل عن العدل فلا يلتفت الى ما قيل انه خارج عن المدونات فانه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل **قوله** وفي حد الاجتهاد اشارة الى معنى الاجتهاد اجمالا فان بيانه تفصيلا موضعه اصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا وحاصل ذلك

ذلك ان يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار * او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه * والفرق بين العبارتين بيّن * وقيل وان يكون مع ذلك اي مع ما ذكرنا من احد الامرين صاحب قريحة اي طبيعة جيدة خالصة عن التشكيكات المكدرة ينتقل من المطالب الى المبادي ومنها الى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح ان يكون سببا له من عرف او عادة فان من الاحكام ما يبتني عليها مخالفا للقياس كدخول الحمام وتعاطي العجين وغير ذلك **قوله** ولا بأس بالدخول في القضاء ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه اذا تولاه قام بما هو فرضه وهو الحق لان القضاء بالحق فرض أُمر به الانبياء صلوات الله عليهم اجمعين قال الله تعالى يَا دَاوُدُ اِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيْفَةً فِي الْاَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وقال لنبينا عليه الصلوة والسلام اِنَّا اَنْزَلْنَا اِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فمن وثق بنفسه انه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر واعترض بان الدخول في فرض الكفاية وان لم يكن واجبا فلا اقل من الندب كما في صلوة الجنازة وغيرها واجيب بانه كذلك الا ان فيه خطر الوقوع في المحظور فكان به بأس **قوله** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز ومن خاف العجز عن اداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه لئلا يصير الدخول فيه شرطا اي وسيلة الى مباشرته القبيح وهو الحيف في القضاء * وانما عبر بلفظ الشرط لان اكثر ما يقع من الحيف انما هو بالميل الى حطام الدنيا باخذ الرشاء وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بعقد او يمين مثل ان يقول لي على فلان او له علي مطالبة بكذا فان قضيت لي فلك كذا وكره بعض العلماء او بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا بانفسهم او خافوا عليها * وتفسير الكراهة ههنا بعدم الجواز قال الصدر الشهيد في ادب القاضي ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله دعي الى القضاء ثلث مرات

فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رح فقال ابو يوسف رح لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رحمه الله نظر المغضب وقال ارأيت لو امرت ان اعبر البحر سباحة اكنت اقدر عليه وكأني بك قاضيا وكذا دعي محمد رح الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين رواه ابو هريرة رضي الله عنه وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين بان السكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بازهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر وبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فان ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك * وكان شمس الائمة الحلواني يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه قال كيف يكون هذا ثم دعي في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذ عطس فاصابه الموسى والقى رأسه بين يديه * ثم قال المصنف والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل لما روى الحسن عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه اذا قلده من غير مسئلة لا بأس به فقال الترك عزيمة لانه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد ولا يوفق له اذا كان مجتهدا او لا يعينه غيره عليه ولا بد من الاعانة ان كان غير مجتهد قال شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي للخصاف دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون وترك الدخول فيه اصلح واسلم لدينه لانه يلتزم ان يقضي بالحق ولا يدري ايقدر على الوفاء به اولا وفي ترك الدخول صيانة نفسه * وهذا اذا كان في البلد غيره ممن يصلح للقضاء فاما اذا كان هو الاهل لا غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد في حقوقهم واخلاء للعالم عن الفساد في الحدود والقصاص فاذا كان في البلد قوم صالحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه اثموا اذا كان السلطان

السلطان بحيث لا يفصل بينهم و الا فلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الاثم لادائه الى تضييع احكام الله تعالى **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها من يصلح للقضاء ينبغي له ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسأ لها بلسانه لما روى انس بن مالك رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده * وكل بالتخفيف اي فوض امره اليها ومن فوض امره الى نفسه لم يهتد الى الصواب لان النفس امارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فقهه وورعه وذكاءه واعجبته نفسه فيحرم التوفيق وينبغي ان لا يشتغل المرء بمطلب مال وبال يحرم به وان اكره عليه فقد اعتصم بحبال الله مكسور القلب بالاكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللّٰهِ فَهُوَ حَسْبُهُ فيلهم الرشد والتوفيق **قوله** ثم يجوز التقلد تفريع على مسئلة القدوري يبين انه لا فرق في جواز التقلد لاهله بين ان يكون المولي عادلا او جائرا فكما جاز من السلطان العادل جاز من السلطان الجائر وهذا لان الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوا القضاء من معاوية رضي الله عنه وكان الحق مع علي رضي الله عنه في نوبته دل على ذلك حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه * وانما قيده بقوله في نوبته احترازا عما يقوله الروافض ان الحق مع علي في نوبة ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم اجمعين وليس الامر كما قالوا بل اجمع الامة من اهل العقد والحل على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الامامة في اصول الكلام * وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضاء استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر فانه اذا كان لا يمكنه من القضاء لا يحصل المقصود بالتقلد فلا فائدة لتقلده بخلاف ما اذا كان يمكنه **قوله** ومن تولى القضاء يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله من تولى القضاء بعد عزل آخر يسلم ديوان القاضي الذي كان قبله والديوان هو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر

والصكوك وكتاب نصب الاوصياء وتقدير النفقات لانها اي السجلات وغيرها انما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء والا لايفيد وسماها حجة وان لم يكن الكتاب منفردا عن التذكير والبينة حجة لانها تؤول اليها بالتذكير* ثم البياض اي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان اوغير ورق لايخلو عن امور ثلاثة اما ان يكون من بيت المال اومن مال الخصوم اومن مال القاضي الاول * فان كان الاول فوجه تسليم القاضي اياه ظاهر وكذا ان كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا ان كان من مال القاضي وهو الصحيح لانه اتخذه تدينا لاتمولا* وقوله في الصحيح في الصورتين احتراز عما قاله بعض المشائخ ان البياض ان كان من مال الخصوم او مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لانه ملكه او وهب له ولكن الصحيح فيهما ما ذكرنا لما ذكر قوله ويبعث امينين بيان لكيفية التسلم وهو ان يبعث المتولي رجلين من ثقاته وهو احوط والواحد يكفي فيقبضا ها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة على حدة لئلا يشتبه على المولى وهذا لان السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول لا يشتبه على ما يحتاج اليه وقت الطلب واما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك فان تركت مجتمعة يشتبه على المولى فلا يصل الى المقصود وقت الحاجة او يتعسر عليه ذلك وهذا السوال اي سوال المعزول لكشف الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ومتى قبضاه ذلك يختمان على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان قيل قوله وهذا السوال لكشف الحال يدل على ان السوال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى الى المفعول الثاني بعن وههنا ليس كذلك واجيب بان المفعول الثاني محذوف تقديره ويسألان المعزول عن احوال السجلات وغيرها * وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمر يدل عليه قوله ويسألانه اي يسألانه شيئا فشيئا عنها وليس بشيء لان الكلام في الثاني

الشافعي فالكلام في الاول * والاولى ان يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله بينت له حسابه بابا بابا
قوله وينظر المولى في حال المحبوسين بان يبعث الى الحبس من يحصيهم ويأتيه باسمائهم
ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وقول المعزول
ليس بحجة لما تقدم فلابد من التفحص عن احوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم فمن اعترف
بحق الزمه اياه وحبسه اذا طلب الخصم ذلك لان الاقرار ولي الواجد يحل عرضه
وعقوبته اي حبسه * ومن انكر مايوجب الحبس لم يقبل قول المعزول عليه الا بالبينة
لما تقدم انه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كانت على فعل نفسه
فان قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم الى الحبس لقيام الحجة
وان لم يعرفهم يسال عن الشهود فان عدلوا فكذلك وان لم تقم اولم يحضر خصم وادعى المحبوس
ان لاخصم له وهو محبوس بغير حق لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه اياما اذا جلس
يقول المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر
فان حضر والا ممن رأى القاضي ان يطلقه * فان لم يحضر لرجل منهم خصم اخذ منه كفيلا بنفسه
واطلقه لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية ويستظهر امره لئلا يؤدي الى ابطال
حق الغير لجواز ان يكون له خصم غائب يدعي عليه اذا احضر * والفرق لابي حنيفة رحمه الله
بين اخذ الكفيل ههنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلا
على ماسيأتي ان في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره
شك فلا يجوز تاخير المحقق لامر موهوم واما ههنا فان الحق للغائب ثابت بيقين نظرا
الى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا يكون الكفالة لامر موهوم * وقيل اخذ الكفيل ههنا ايضا
على الخلاف فلا يحتاج الى الفرق وذكر في المحيط الصحيح ان اخذ الكفيل هنا بالاتفاق
والفرق المذكور يكون محتاجا اليه * وان قال لا كفيل لي اولا اعطي كفيلا فانه لم يجب
علي شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لان طلب الكفيل كان احتياطا فاذا امتنع احتاط

بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهرا **قوله** وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف
لانه نصب ناظرا في امور الناس فيعمل في المذكور على حسب ما يقوم به البينة او باعتراف
من هو بيده لانه لا بد لعمله من حجة وكل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة
الا ان يعترف ذو اليد ان المعزول سلمها اليه فيقبل فيها قول المعزول لانه باقرار ذي اليد ثبت
ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرارا لمعزول به كانه بيده في الحال ولو كان بيده عيانا صح
اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه لان يد المودع كيد المودع الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار
لغير من اقر له القاضي فانه يسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي باقراره
الثاني ويسلم الى المقر له من جهة القاضي والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه
وذلك لان من بيده المال اما ان يقر بشيء مما اقر به المعزول او يجحد كله * فان كان الثاني
فالقول قوله ولا يجب بقول المعزول عليه شيء * وان كان الاول فاما ان يقول دفعه القاضي
الي وهو لفلان بن فلان من اقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب اولا بتعليله فاما ان يقول
دفعه القاضي الي ولا ادري لمن هو وحكمه حكم المذكور في الكتاب والتعليل التعليل *
واما ان يقول دفعه الي وهو لفلان غير من اقر له القاضي وحكمه ما تقدم لانه لما بدأ بالدفع
من القاضي فقد اقر باليد له فصار كان المال في يده لما مر ثم اقر انه لفلان وهو لا يصح * واما ان يقول
هو لفلان غير من اقر له القاضي ودفعه الي القاضي وهو المذكور في الكتاب آخرا وحكمه
ان المال يسلم الى المقر له اولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي باقراره الثاني ويسلم
الى المقر له من جهة القاضي ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا * وهذا لان اقراره الاول
لما صح وجب تسليم المال الى المقر له واذا قال بعد ذلك دفعه الي القاضي وهو يقول لفلان
آخر فقد اقر ان اليد كانت للقاضي وباقراره لغير من اقر له القاضي اتلف المال على من
اقر له القاضي فكان ضامنا للمثل او القيمة كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد
وغيره وفيه نظر لان الاقرار الاول اما ان يبطل ما بعده اولا وعلى كل واحد من التقديرين

التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ و اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالاقرار للغير بشمول الضمان او شمول العدم ولم ار احدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا في الوجه الرابع ويمكن ان يجاب عنه بان الاقرار الاول ان كان باليد يختار ابطال ما بعده والا فلا وذلك لان الاقرار ممن لا يد له بصدوره عن الاجنبي عن المقر به فاسد فاذا اقر باليد لشخص ثم اقر بعده بالملك لغيره بطل اقراره الثاني لصدوره عمن لا يملكه واذا اقر بالملك لغيره بما في يده صح اقراره ثم بالاقرار باليد لغيره يريد ان يبطل الاول وليس له ذلك لانه اقرار في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه اقرارا على نفسه باتلاف حقه باقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك **قوله** ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يستتر مكانه على الغرماء وبعض المقيمين * وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وارفق بالناس * قال الامام علي البزدوي رح وهذا اذا كان الجامع في وسط البلدة واما اذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها لئلا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب اليها وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لانه يحضره المشرك وهو نجس بقوله تعالى اِنَّمَا الْمُشْرِكُوْنَ نَجَسٌ ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد * وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم اليه الخصمان وبين الذهاب اليه لفصل الخصومة ولم يكره الاول وكره الثاني ولنا ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء بالحق من اشرف العبادات فجاز في المسجد كالصلوة **قوله** ونجاسة المشرك جواب عن دليل الشافعي رح وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فانه ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل الوفود في المسجد فلا يمنع من دخوله اذ لا يصيب الارض منه والحائض

تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة فان قيل يجوزان يكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها قلنا الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك قال الامام فخر الاسلام اذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد فاذا جلس فيها يأذن للناس بالدخول فيها لان لكل احد حقا في مجلسه ويجلس معه من كان يجلس معه لو جلس في المسجد حتى يكون ابعد من التهمة اذ في الجلوس وحده تهمة الظلم واخذ الرشوة **قوله** ولا تقبل الهدية الا من ذي رحم محرم الحاكم لا تقبل الهدية الا من ذي رحم محرم له او ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء اما انه لا يقبل الهدية فلانه من جوالب القضايا اذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام والاصل في ذلك ما روى البخاري باسناده الى عروة بن الزبير عن ابي حميد الساعدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا من الازد يقال له ابن الاتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا اهدي لي فقال صلى الله عليه وسلم فهلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فلينظر ايهدى له اولا * واستعمل عمر رضي الله عنه اباهريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال من اين لك هذا قال تناتجت الخيول وتلاحقت الهدايا فقال اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى لك ام لا فاخذ منه ذلك وجعله في بيت المال فعرفنا ان قبول الهدية من الرشوة اذا كان بهذه الصفة واما القبول من ذي رحم محرم لا خصومة له فلانه من جوالب القرابة وهو مندوب الى صلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام ولفظ الكتاب اعم من ان يكون بينهما مهاداة قبل القضاء وان لا يكون * وعبارة النهاية تدل على ان المهاداة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالاجنبي واما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فلانه ليس بآكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة والحاصل ان المهدي للقاضي اما ان يكون ذا خصومة

ذا خصومة اولا والاول لا يجوز قبول هديته مطلقا اي سواء كان قريبا او مهاديا قبل القضاء اولم يكن * والثاني اما ان يكون قريبا وممن جرت له العادة بذلك اولا والثاني كذلك لانه آكل على القضاء فيتحاماه والاول يجوز قبوله ان لم يزد من له العادة على المعتاد وقال الامام فخر الاسلام رح ان زاد على المعتاد عندما ازداد ماله بقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله * ثم ان اخذ القاضي ما ليس له اخذه ماذا يصنع به اختلف المشائخ رح * فبعضهم قالوا يضع في بيت المال * وعامتهم قالوا يردها على اربابها ان عرفهم واليه اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعها في بيت المال وحكمه حكم اللقطة وانما يضعها في بيت المال لانه انما اهدي اليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم ولا يحضر القاضي دعوة الا ان تكون عامة قيل وهي ما يكون فوق العشرة وما دونه خاصة * وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وذكر المصنف رح ان الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رح انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية * قيل في الفرق بينهما بين الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي رحم محرم ولم يجوزا حضور دعوته ان ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وانما حدث بعده وما ذكروا في الهدية محمول على ما اذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم وذكر صدر الاسلام ابو اليسر اذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي ان لا يجيب القاضي دعوته وان كانت عامة لانه يؤدي الى ايذاء الخصم الآخر والى التهمة. قال ويشهد الجنائز ويعود المريض الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق روى ابو ايوب رضي الله عنه

(كتاب ادب القاضي)

قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمسلم على المسلم ستة خصال واجبة ان ترك خصلة او شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته كذا في تنبيه الغافلين ولا يضيف احد الخصمين لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي عن علي رضي الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نضيف الخصم الا ان يكون خصمه معه ولان الضيافة والخلوة تورث التهمة **قوله** واذا حضرا سوى بينهما اذا حضر الخصمان بين يدي القاضي وان كان احدهما من ولاه والآخر فقيرا او كانا ابا وابنا سوى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب الى القاضي ففات التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكذلك لفضل اليمين وان خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الارض ثم يقضي بينهما لئلا يكون مفضلا لاحد الخصمين على الآخر * وفيه دليل على ان القاضي يجوز له ان يحكم على من ولاه وكذلك يسوي بينهما في الاقبال وهو التوجه والنظر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة **قوله** ولا يسار احدهما ولا يشير اليه لا يكلم القاضي احد الخصمين سرا ولا يشير اليه بيده ولا برأسه ولا بحاجبه ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لان في ذلك كله تهمة وعليه الاحتراز عنها ولان فيه كسر القلب الآخر فيمنعه عن طلب حقه فيتركه وفيه اجتراء من فعل به ذلك على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء وينبغي ان يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن اساءة الادب فيقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي

القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس **قوله** ويكره تلقين الشاهد تلقين الشاهد وهو ان يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علما بما يتعلق بالشهادة مثل ان يقول له اتشهد بكذا وكذا مكروه لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم وهو قول ابي يوسف رح الاول ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لان القضاء مشروع لاحياء حقوق الناس وربما يحصر الشاهد عن البيان بمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل واما في موضع التهمة مثل ان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهد بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه ابرأ الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق * وتاخير قول ابي يوسف رح يشير الى اختياره المصنف رح * والاشخاص هو ارسال الرجل لاحضار الخصم

* فصـــــل في الحبس *

لما كان الحبس من احكام القضاء وتعلق به احكام افرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى اَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْاَرْضِ فان المراد به الحبس * وبالسنة وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم حبس رجلا بالتهمة خلا انه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد او الدهليز حيث امكن ولما كان زمن علي رضي الله عنه احدث السجن بناه من قصب وسماه نافعا فنقبه اللصوص فبنى سجنا من مدر فسماه مُخَيَّسًا * ولان القاضي نصب لايصال الحقوق الى مستحقيها فان امتنع المطلوب من اداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من ان يجبره على الاداء ولا خلاف ان لا جبر بالضرب فيكون بالحبس **قوله** واذا ثبت الحق عند القاضي اذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو اما ان ثبت بالاقرار او بالبينة فان كان الاول لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها

واذا ثبت الحق باقراره لم يظهر كونه مماطلا في اول الامر لان من حجته ان يقول ظننت انك تمهلني فلم استصحب المال فان اتيت اوفيك حقك فان امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبسه * وان كان الثاني حبسه كما ثبت بظهور المماطلة بانكاره * وروي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك ووجهه ان الدين اذا ثبت بالبينة كان له ان يعتذر ويقول ما علمت له دينا عليّ فاذا علمت الآن لا اتواني في قضائه ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الاقرار والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم ومادونه لان مانع ذلك ظالم فيجازى به * والمحبوس في الدين لا يخرج بمجيء رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلوة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمه من يكفنه ويغسله لان حقوق الميت تصير مقاما بغيره وفي الخروج تفويت حق الطالب بخلاف ما اذا لم يكن ذلك لانه لزم القيام بحق الوالدين وليس في هذا القدر كثير ضرر بالطالب * وان مرض وله خادم لا يخرج لانه شرع لتضجر قلبه فيسارع الى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر وان لم يكن له خادم اخرجوه لانه اذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه * ولو احتاج الى الجماع دخلت عليه زوجته وجاريته فيطأهما حيث لا يطلع عليه احد لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج * وقيل الجماع ليس من اصول الحوائج فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام * ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ليشاوروهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده **قوله** فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا فان امتنع الغريم عن اداء ما عليه حبسه اذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فان ادعى الاعسار وانكره المدعي اختلف المشائخ رحمهم الله تعالى في قبول دعواه فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد كالثمن والمهر والكفالة فالقول قول المدعي وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة واستدل المصنف رح على ذلك بقوله لانه

لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناؤه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يزول بالمحتمل وبقوله واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه وهذا يوجب تسوية بين ما اذا كان بدلا عن مال وبين ما لم يكن ويخرج منه ما لم يكن دينا مطلقا كالنفقة وغيرها كما سنذكره والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لان العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته قال القدوري ولا يحبسه في ما سوى ذلك يعني ضمان الغصب وارش الجنايات اذا قال اني فقير لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الا ان يثبت المدعي ان له مالا ببينة فيحبسه وروى الخصاف عن اصحابنا رحمهم الله ان القول قول المدعى عليه في جميع ذلك اي ما كان بدلا عن مال وما لم يكن لان الاصل هو العسرة اذ الآدمي يولد ولا مال له والمدعي يدعي عارضا والقول قول من تمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وكان القول قول المديون مع يمينه وروي ان القول له الا في ما بدله مال وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف رح لانه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي * وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك فالقول قول المدعى عليه لانه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكا بالاصل وهو العسرة فذلك ثلثة اقوال وفي المسئلة قولان آخران احدهما ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم * والآخر ان يحكم الزي ان كان زي الفقراء كان القول له وان كان زي الاغنياء كان القول للمدعي الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية فانهم يتكلفون في الزي مع احتياجهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزي فيهم دليل اليسار وقوله النفقة بيان لما هو المحفوظ من الرواية ذكر في كتاب النكاح ان المرأة اذا ادعت على زوجها انه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج * وفي كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه

من العبد وزعم انه معسر كان القول له وهاتان المسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين
الاخيرين اما تاييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلانه جعل القول
قول الزوج والمولى مع انهما باشرا عقد النكاح والاعتاق فلو كان الصحيح ما ذكرا ولا كان القول
قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار * واما تاييدهما للذي كان القول لمن عليه
الا في ما بدله مال فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الاعتاق مالا جعل القول قول
من عليه فعلم ان الصحيح هو القولان الاخيران وقوله وتخريج على ما قال في الكتاب يعني
القدوري جواب عن المسئلتين نصرة للمذكور فيه وتقريره ان ادى النفقة على تاويل الانفاق
ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق وقد تقدم ان الدين الصحيح
وهو ما لا يسقط الا بابراء من له او بايفاء من عليه وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رح
وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
او التزمه بعقد لان المراد بالدين هو المطلق منه اذ به يحصل الاستدلال على القدرة لانه
اذا علم انه لا يحصل الخلاص منه في حيوته ومماته من جهته الا بالايفاء والاقدام عليه
دل على انه قادر عليه ثم في ما كان القول فيه قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
في ما كان القول قول من عليه يحبسه الحاكم شهرين او ثلاثة ثم يسأل جيرانه واهل حرفته
عن يساره واعساره اما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال واما توقيته فلانه لاظهار
ماله ان كان يخفيه فلا بد من مدة لتفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكرنا وبروى غير التقدير
بشهرين وثلاثة بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما دونه عاجل والشهر آجل قال شمس الائمة
الحلوائي هو ارفق الاقاويل في هذا الباب وروى الحسن عن ابيحنيفة رحمه الله اربعة اشهر
الى ستة اشهر والصحيح ان شيئا من ذلك ليس بمقدر لازم بل هو مفوض الى رأي
القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه فمن الناس من تضجر في السجن في مدة قليلة
ومنهم من لا يتضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر فان وقع في رأيه ان هذا

هذا الرجل تضجر بهذه المدة ويظهر المال ان كان له ولم يظهر به سأل عن حاله فان سأل عنه فقامت بينة علي عسرته اخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة الي لفظ الشهادة والعدد بل اذا اخبر بذلك ثقة عمل بقوله والاثنان احفظ اذا لم يكن حال منازعة اما اذا كانت كما اذا ادعى المطلوب العسار والطالب اليسار فلا بد من اقامة البينة فان شهد شاهدان انه معسر خلي سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان اليسار بعد الاعسار امر حادث فيكون الشهادة بامر حادث لا بالنفي وان استحلف المطلوب الطالب علي انه لا يعرف انه معدم حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس وقال شيخ الاسلام هذا السوال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي وهي ليس بحجة فللقاضي ان يعمل برأيه ولكن لو سأل كان احوط * قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت الا بالملك وتعذر القضاء بدلان الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل في ما اذا انكر المشتري جوار الشفيع وانكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فاقام الشفيع بينة ان له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فان القاضي لا يقضي بهذه البينة فما الفرق بينهما واجيب بان الشاهد على اليسار شاهد علي قدرته علي قضاء الدين والقدرة عليه انما يكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه اما الشهادة على النصيب فليس بشاهد علي شيء معلوم لان القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما **قوله** فان لم يظهر له مال فان لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي رءاها القاضي برأيه او بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشائخ رحمهم الله شهرا او شهرين او اربعة علي ما تقدم خلي سبيله لانه استحق النظرة الى الميسرة بقوله تعالى وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ فكان الحبس بعده ظلما وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلي سبيله فقال

المفهوم من كلامه انه لا تخلية مالم تمض المدة وليس كذلك فان اصحابنا ذكروا
في نسخ ادب القاضي وقالوا واذا ثبت اعساره اخرجه من الحبس وعلى ما ذكرنا لا يرد
عليه شيء من ذلك ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة بان اخبر واحد ثقة
او اثنان او شهد شاهدان انه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله
وقد اختبرنا امره سرا وعلانية ففيه روايتان تقبل في رواية ولا تقبل في رواية الاصل وعليها
عامة المشائخ وان كان ذلك قبل الحبس فعن محمد رح فيه روايتان في رواية لا يحبسه
وبه كان يفتي الشيخ الجليل ابوبكر محمد بن الفضل وهو قول اسمعيل بن حماد بن
ابي حنيفة رحمهم الله وفي اخرى وعليه عامة مشائخ ماوراء النهر انه يحبسه ولا يلتفت
الى هذه البينة لانها على النفي ولا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت
واذا حبس فمضت مدة فقد تايدت به اذ الظاهر ان القادر على خلاص نفسه من مرارة
الحبس لا يتحملها قال في الكتاب اي القدوري خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه
وهذا الكلام يعني المنع عن ملازمة المديون بعد اخراجه من الحبس في الملازمة هل
للطالب ذلك ام لا وسنذكره في باب الحجر بسبب الدين ان شاء الله تعالى وذكر
في الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا
ابّد حبسه وان كان معسرا خلي سبيله وهذا بظاهره يناقض ماذكر في اول الفصل ان الحق
اذا ثبت بالاقرار لا يحبسه اول وهلة فيحتاج الى تاويل ولهذا ذكره المصنف تاويله
بقوله ومراده اي مراد محمد رحمه الله اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة قبل ذلك
فظهرت مماطلته وهذه الرواية تصلح ان تكون معتمد شمس الائمة السرخسي فيما نقل
عنه من العكس كما تقدم في اول الفصل او يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر
هو التاويل **قوله** والحبس اوّلا يعني ان المذكور في الجامع الصغير من الحبس اولا
ومدته ما بيناه ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج الى ذكره لها فلا نعيده **قوله** ويحبس الرجل

الرجل في نفقة زوجته اذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته او اصطلحا على مقدار فلم ينفق عليها فرفعت الى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الله تعالى وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده وفي تركه سعي في هلاكه ويجوز ان يحبس الوالد لقصده اتلاف ولده * ولان النفقة تسقط بمضي المدة فلا يمكن تداركها وسائر الديون لم تسقط به فافترقا * وكذا لا يحبس المولى بعبده اذا لم يكن عليه دين فان كان حبس لان ذلك لحق الغرماء * وكذا العبد لمولاه لانه لا يستوجب دينا عليه * وكذا الدين مكاتبه اذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة واذا كان من غير جنسه لا يقع المقاصة والمكاتب في حق اكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لاجله * وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من اسقاطه فلا يكون بالمنع ظالما ويحبس في غيره لانه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية * وقيل يجب التسوية بينهما لانه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة والله اعلم *

* باب كتاب القاضي الى القاضي *

اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لان هذا من عمل القضاة ايضا الا ان السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين والواحد قبل الاثنين * والقياس يابى جواز العمل به لانه لا يكون اقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب اليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير اذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم الا انه جوز لحاجة الناس لما روي ان عليا رضي الله عنه جوزه لذلك وعليه اجمع الفقهاء قوله ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق يقبل كتاب القاضي الى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندري بها اذا شهد به بضم الشين عند المكتوب اليه للحاجة وهو نوعان المسمى سجلا والمسمى الكتاب الحكمي وذلك لان الشهود اما ان يشهدوا

على خصم اولا وتنكيره يشير الى انه ليس المدعى عليه اذ لو كان اياه لما احتيج الى الكتاب ولا بد منه لئلا يقع القضاء على الغائب فالمراد به كل من يمكن ان يكون خصما فان كان الاول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا لان السجل لا يكون الا بعد الحكم وان كان الثاني لم يحكم لانه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي والفرق بينهما ان الاول اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق رأيه او خالفه لاتصال الحكم به واما الثاني فان وافقه نفذه والا فلا لعدم اتصال الحكم به وقد يشير الى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة وهي ان يكون من معلوم الى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم وسنذكرها عند ادائها ان شاء الله تعالى وقوله وجوازه هو المردود بقوله على ما نبين وهو يشير الى ان جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم فكما جوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق العباد فكذا اجوز الكتاب الى القاضي لذلك * ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم انه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان وقوله يعني قول القدوري في المختصر يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يجوز فيه الكتاب فكذا في ما كان بمنزلته قوله وهو يعرف اى الدين يعرف بالوصف يشير الى ثلثة اشياء الى ان الدين انما يجوز فيه الكتاب لانه يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة والى ان ما يحتاج الى الاشارة لا يجوز فيه الكتاب والى ان الامور المذكورة بمنزلة الدين في انها تعرف بالوصف لا تحتاج الى الاشارة واعترض بان ما سوى الدين يحتاج اليها فان الشاهد يحتاج الى الاشارة الى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذا في الباقي وكذلك ...... وكتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية واجيب بان الاشارة الى الخصم ......

شرط في ما ذكرت وهو ليس بمدعى به وانما هو نفس النكاح والامانة وغير ذلك مما هو
من الافعال * الا ترى ان الاشارة الى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين
وليس ذلك بمانع بالاجماع ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار ايضا
لان التعريف فيه بالتحديد وذلك لا يحتاج الى الاشارة ولا يقبل في الاعيان المنقولة
للحاجة اليها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري
واستحسن ابو يوسف رح في العبيد دون الاماء لغلبة الاباق في العبيد دون الاماء فان العبد
يخدم خارج البيت والامة تخدم داخل البيت غالبا وعنه اي عن ابي يوسف رح انه
يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه يعني الكتب المبسوطة وشروح ادب القاضي * وصفة
ذلك بخاري ابق له عبد الى سمرقند مثلا فاخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارا فطلب
من قاضي بخارا ان يكتب بشهادة شهوده عنده يجيب الى ذلك ويكتب شهد عندي
فلان وفلان بان العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد
فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما الى سمرقند فاذا انتهى
الى المكتوب اليه يحضر العبد مع من هو في يده ليشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فيقبل
شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد الى المدعي ولا يقضي به له لان شهادة شاهدي الملك
لم يكن بحضرة العبد ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل في عنق العبد خاتما
من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى قاضي بخارا ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الى قاضي بخارا وشهدا بالكتاب
وختمه امر المدعي باعادة شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه حقه ويحكم له فاذا شهدوا
ذلك قضى له بالعبد ويكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله * وفي رواية
عن ابي يوسف رح ان قاضي بخارا لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن
يكتب كتابا آخر الى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه

وختمه وما فيه ويبعث بالعبد الى سمرقند حتى يقضي له به بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل * وصفة الكتاب في الجواري صفته في العبيد غير ان القاضي لا يدفع الجارية الى المدعي لكنه يبعث بها معه على يد امين لئلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعما انها ملكه * ولكن ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض قبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهرا او يستغله ويأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهرا لعبد لغيره لان الحلية والصفة تشتبهان فان المختلفين قد يتفقان في الحلي والصفات فالاخذ بالقياس اولى وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتاخرون وهو مذهب مالك واحمد والشافعي في قول رحمهم الله **قوله** ولا يقبل الكتاب الا بشهادة الرجلين لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي الا بحجة تامة رجلين او رجل وامرأتين اما اشتراط الحجة فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامرأتين فلانه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق * وكان الشعبي رح يقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي بغير بينة قياسا على كتاب اهل الحرب واجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستيمان يعني اذا جاء من ملك اهل الحرب في طلب الامان فانه مقبول بغير بينة حتى لو آمنه الامام صح لانه ليس بملزم فان للامام رأيا في الامان وتركه وبخلاف رسول القاضي الى المزكي وعكسه فانه يقبل بغير بينة لان الالزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة الا يرى انه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح وقوله وبخلاف رسول القاضي الى المزكي قيل قد يشير الى ان رسول القاضي الى القاضي غير معتبر اصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها وقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فانه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله واتحادهما في عدمه لان القياس يأبى جوازهما وفرق بينهما بوجهين احدهما ورود الاثر في جواز الكتاب واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول

الرسول فبقي على القياس والثاني ان الكتاب كالخطاب والكتاب وجد في موضع القضاء فكان كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة * واما الرسول فقائم مقام المرسل والمرسل في هذا الموضع ليس بقاض وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا **قوله** ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه شرط ابوحنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضرة الشهود ولهذا يجب ان يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلّمهم به لانهم ان لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة قال الله تعالى إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ويختم بحضرتهم ويسلمه الى الشهود كيلا يتوهم التغيير اذا كان بغير ختم او بيد الخصم وهذا قولهما وقال ابو يوسف رح الله يدفع الكتاب الى الطالب وهو المدعي ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم فان فات شيء من الامور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما وقال ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط بل اذا اشهدهم القاضي ان هذا كتابه وخاتمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب اليه كان كافيا وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وانما قال آخرا لان قوله الاول مثل قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله واختار شمس الايمة السرخسي قول ابي يوسف رح تيسيرا على الناس **قوله** واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لما فرغ من بيان الاحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الاحكام المتعلقة بجانب المكتوب اليه * فاذا وصل الكتاب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه جاز بغيبة الخصم لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف رح يقبله من غير حضور الخصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له ان يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به **قوله** فاذا سلمه الشهود اليه

اذا سلم الشهود الكتاب الى المكتوب اليه نظر الى ختمه فان شهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه بما فيه وهذا عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه على ما مر انه لم يشترط شيئا من ذلك ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف رح والصحيح انه يفض الكتاب اي يفتحه بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه اذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى ان يزيد في شهوده وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه فاما اذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك * وهذا يرى انه دور ظاهر فان المدعي انما يحتاج الى زيادة الشهود اذا كانت العدالة شرطا ولم يظهر فاما اذا لم يكن شرطا فكما ادوا الشهادة جاز فضها فلا يحتاج الى زيادة شهود والجواب انا لا نسلم انه لا يحتاج الى زيادة الشهود بعد الفتح بل يحتاج اليها اذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن * وقد استدل على ذلك بان فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب وفيه نظر لان فك الخاتم عمل الكتاب لا به ولعل الاصح ما قاله محمد رح من تجويز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود كما نقله الصدر الشهيد في المغني والمكتوب اليه انما يقبل الكتاب اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او خرج عن اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق اذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشائخ رح قبل وصول الكتاب او بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب * وقال ابو يوسف رح في الامالي يعمل به وهو قول الشافعي رح لان كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لانه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه

والله لايمنع القضاء * ولنا القول بالموجب وهو ان الكاتب وان كان ناقلا الا ان هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لان تمامه يوجب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله اليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل اتمامها واستدل المصنف رح بقوله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لايقبل اخباره قاض آخر في غير عمله او في غير عملهما وهذا ظاهر فيما اذا عزل اما في الموت او الخروج عن الاهلية فليس بظاهر لان الميت والمجنون لا يلتحق بواحد من الرعايا ويمكن ان يقال يعلم ذلك بالاولى وذلك لانه اذا كان حيا وعلى اهلية القضاء لم يبق كلامه حجة فلان لايبقى بعد الموت او الخروج عن اهليته اولى وكذا لو مات المكتوب اليه بطل كتابه وقال الشافعي رح يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين * ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة يتفاوتون في اداء الامانة فصاروا كالامناء في الاموال وهناك ود لا يعتمد على كل احد فكذا هنا الا اذا صرح باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم ثم صير غيره تبعا له بخلاف ما اذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فانه لايصح عند ابيحنيفة رح * وقيل الظاهر ان محمدا رح معه لانه من معلوم الى مجهول والعلم فيه شرط كما مر وهورد لقول ابي يوسف رح في جوازه فانه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيرا تسهيلا للامر على الناس ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب او بعده ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص وقال الشافعي رح

في قول يقبل لان الاعتماد على الشهود ولنا ان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة وهي غير مقبولة فيهما ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما والله اعلم

* فصــــــل آخر *

قال في النهاية قد ذكرنا ان كتاب القاضي اذا كان سجلا اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب اليه امضاؤه اذا كان في محل مجتهد فيه بخلاف الكتاب الحكمي فان الرأي له في التنفيذ والرد فلذلك احتياج الى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر اصل يجمعها وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به * وهذا يدل على ان الفصل من تتمة كتاب القاضي الى القاضي لكن قوله آخر ينافي ذلك لانه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر والاولى ان يجعل هذا فصلا آخر في ادب القاضي اذ قد تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر **قوله** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه في اول ادب القاضي ان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وهي اهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي اهل للقضاء في غيرهما * وقيل اراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لان فيه شبهة البدلية فانه يدل على ان ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء بعذر وبغيره الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به اي بالقضاء فصار كالوكيل لا يجوز له التوكيل الا اذا فوض اليه ذلك بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يجوز له ان يستخلف لان اداء الجمعة على شرف الفوات لوقته بوقت يفوت الاداء بانقضائه فكان الامر به من الخليفة اذنا بالاستخلاف دلالة لكن انما يجوز اذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الامام الاول الصلوة

الصلوة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدها جاز لان المستخلف بان لا مفتتح واعترض بمن افسد صلوته ثم افتتح بهم الجمعة فانه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ولم يشهد الخطبة واجيب بانه لما صح شروعه فى الجمعة وصار خليفة للاول التحق بمن شهد الخطبة واري ان الحاقه بالباني لتقدم شروعه في تلك الصلوة اولى فتامل **قوله** ولا كذلك القضاء اي ليس القضاء كالجمعة لانه غير موقت بوقت يفوت بالتاخير عند العذر * فمن اذن بالجمعة مع علمه انه قد يعترض له عارض يمنعه من ادائها فى الوقت فقد رضي بالاستخلاف * بخلاف القضاء فلو فرضنا انه استخلف وقضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني عند غيبة الاول فاجازه الاول جاز اذا كان من اهل القضاء كما فى الوكالة فان الوكيل اذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الاول او اجازه الاول جاز وقوله لانه حضره رأي الاول يصلح دليلا للمسئلتين اما في هذه المسئلة فلان الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي او اجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضيا به واما فى الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة فقيل الاذن فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء فلم اختلفا فى الجواز وعدمه واجيب بالمنع فان البقاء اسهل من الابتداء وان الحكم الذي اذن له القاضي به فى الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي فكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيدا به **قوله** فاذا فوض اليه يملكه اي اذا قال الخليفة للقاضي ولِّ من شئت كان له ان يولي غيره فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك الاول عزله الا ان يقول له واستبدل من شئت فيملك الاول عزله * وهذا بناء على ان امر القاضي لا يتعدى الى غير ما فوض اليه فاذا قال الخليفة ولِّ من شئت واقتصر على ذلك كان آمرا له بالتولية والعزل خلافه واذا اضاف الى ذلك واستبدل من شئت كان امرا له بهما فكان له * واذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان اذنا له بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف فى القضاة تقليدا

و عزلا كذا في الذخيرة * قيل ما الفرق بين الوصي و القاضي فان كلا منهما مفوض اليه من جهة الغير و الوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا و ايصاء و اجيب بان آوان وجوب الوصاية مابعد الموت و قد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكن الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من غيره ولا كذلك القضاء وقيل القاضي يملك التوكيل و الايصاء ولا يملك التقليد و التعليل المذكور في التقليد يجري فيهما و اجيب بان المقلد يفعل مالا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر قوله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه اذا تقدم رجل الى قاض وقال حكم علي فلان القاضي بكذا وكذا يعتبره ان لم يكن مخالفا للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عامدا اذ انه مخالف لقوله تعالى وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ او السنة اي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثا للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني فان اشتراط الدخول ثابت بحديث العسيلة وقد ذكرناهما في التقرير على ماينبغي او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه او يكون قولا لا دليل عليه قيل كما اذا قضى على الدين سوى فحكم بسقوط الدين عمن عليه لتاخير المطالبة فانه لا دليل شرعي يدل على ذلك * وفي بعض النسخ بان يكون هو تمام الاستثناء كانه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا بلا دليل وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفيه فائدتان احديهما انه قيد بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه موضع الاجتهاد لا ينفذ المرفوع اليه على قول العامة كذا في الذخيرة * والثانية انه قيد بقوله يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا للادلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأي المرفوع اليه او مخالفا فانه اذا نفذه وهو مخالف لرأيه ففي ما يوافقه اولى وربما يرى ما لم يره سابقه من الفائدتين جميعا والاصل في تنفيذ القاضي ما رفع اليه اذا لم يكن مخالفا

مخالفا للادلة المذكورة ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول في ان كلا منهما يحتمل الخطاء وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ولقائل ان يقول القضاء في المجتهد فيه متفرع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحا لاصله ويمكن ان يجاب عنه بان الفرع لا يصلح مرجحا لاصله من حيث هو منه او مطلقا والثاني ممنوع فانه يجوز ان يكون مرجحا لاصله من حيث بقاء الاصل عند وجود ما يرفعه من اصل بلا فرع اذ الشيء المساوي للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر والاول مسلم وليس الكلام فيه * ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه لما شغله اشغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه احد الخصمين فقال ان زيدا اقضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر رضي الله عنه لو كنت انا لقضيت لك فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر رضي الله عنه لو كان هاهنا نص آخر لقضيت لك لكن هاهنا رأي والرأي مشترك وامضى القاضي في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح ان كان عامدا فيه روايتان وجه النفاذ وهو دليل النسيان انه ليس بخطاء بيقين لكونه مجتهدا فيه وما هو كذلك فالحكم به نافذ كما في المجتهدات * ووجه عدمه انه زعم فساد قضائه وهو واخذ بزعمه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده ويعمل به بزعمه قال المصنف رح وعليه الفتوى **قوله** ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا ذكر ان حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض اراد ان يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والاجماع * واذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع الى آخر ثم [illegible] بل يبطله [illegible] ثم رفع الى قاض آخر الشافعي [illegible] لانه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد * بخلاف المجتهد فيه فانه اذا رفع الى الثاني [illegible] كما مرّ وان نقضه ورفع الى ثالث

فانه ينفذ القضاء الاول ويبطل الثاني لان الاول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالاجماع والثاني مخالف للاجماع ومخالف الاجماع باطل لا ينفذ والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله تعالى وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ اٰبَاؤُكُم مِنَ النِّسَاءِ اِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاربته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع اليه والمراد بالسنة المشهورة ههنا كما ذكرنا والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور اي جل الناس واكثرهم ومخالفة البعض غير معتبرة لان ذلك خلاف لا اختلاف فعلى هذا اذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه * وينبغي ان يحمل كلام المصنف رح هذا على ما اذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربوا الفضل فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه احد وانكروا عليه * فاذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه فاما اذا سوغ له ذلك لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة وفي اعطائها ثلث الجميع بعد فرض احد الزوجين فان حكم به حاكم لم يكن مخالفا للاجماع وهذا هو المختار عند شمس الائمة ولعله اختيار المصنف رح ولا يحمل على قول من يرى ان خلاف الاقل غير مانع لانعقاده لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول معناه ان الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهدا فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم اجمعين لا الذي يقع بعدهم وعلى هذا اذا حكم الشافعي رح او المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم يرى ذلك كان له ان ينقضه **قوله** كل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه كل ما قضى القاضي بتحريمه في الظاهر اي فيما بيننا فهو في الباطن اي عند الله حرام وكذا اذا قضى

قضى با حلال لكن بشرط ان يكون الدعوى بسبب معين كنكاح او بيع او طلاق او عتاق لا في الاملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور فمن العقود ما اذا ادعى على امرأة نكاحا وانكرت فاقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بينهما بالنكاح حل للرجل وطئها وحل للمرأة التمكين منه على قول ابيحنيفة رح وهو قول ابيوسف رح الاول خلافا لمحمد وزفر والشافعي رحمهم الله وهو قول ابيوسف رح الآخر وكذا اذا ادعت على رجل وانكر ومنها ما اذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل ان قال بعتني هذه الجارية او من جهة البائع مثل ان يقول اشتريتَ مني هذه الجارية فانه يحل للمشتري وطئها في الوجهين جميعا سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا فيه وبالبيع بثمن مثل قيمة الجارية او باقل مما يتغابن الناس فيه اولا عند بعض المشائخ لان الشهادة شرط لانشاء النكاح قصدا والانشاء ههنا يثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وان البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وان لم يملكا التبرع فكان كسائر المبادلات * وقال بعضهم انما يثبت النكاح والبيع اذا كان القضاء بحضرة من الشهود لانه شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لان القاضي يصير منشيا وانما يصير منشيا فيما له ولاية الانشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لانه تبرع * ومن الفسوخ ما اذا ادعى احد المتبايعين الفسخ في الجارية واقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبائع وطئها ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطئها ظاهرا وباطنا علم ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان احد الشاهدين اولم يعلم بذلك * وقالا ان كان عالما بحقيقة الحال لا يحل له الوطي لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بها حل له ذلك * واما الزوج الاول فلا يحل له الوطئ عند ابي يوسف رح آخرا وان كانت الفرقة لم تقع باطنا لانه لو فعل ذلك لكان زانيا

عند الناس فيحدونه * وذكر شيخ الاسلام ان على قول ابيوسف رح الآخر يحل وطئها سرًّا وعلى قول محمد رح يحل للاول وطئها ما لم يدخل بها الثاني فاذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال اولم يعلم **قوله** ولا يقضى القاضي على غائب القضاء على الغائب وله لا يجوز عندنا الا اذا حضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم واستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء بوجود الحجة وهي البينة فاذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها قلنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان الخصم حاضرا واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد فان قال قد عملتم بالشهادة بدون الانكار اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلم ان لا يسكت ان كان عليه دين او دفعا لظلمه ان اراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الانكار موجودا حكما وان قال سلمنا ان لا منازعة الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا في ما نحن فيه فان الاصل عدم الاقرار اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظاهر من حاله الاقرار لان المدعي صادق ظاهرًا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله ودينه ايضا وان قال لو انكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك قلنا اذا كان شرطا فالملازمة ممنوعة لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط وسيأتي له جواب آخر وان قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك فالجواب بان النزاع في ظهور الحق بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود ويثبته او يسلم الدعوى ويدعي الاداء ويثبته او يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن

ممكن وفيه ابطاله وصون الحكم عن البطلان من اجل الفوائد **قوله** ولانه يحتمل الاقرار الى آخره دليل آخر على المطلوب والضمير للشان ويجوز ان يتنازع ان ويشتبه وجه القضاء واعمال الثاني ومعناه ان الشان يحتمل الاقرار والانكار ووجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتبه على الحاكم وجه القضاء لان احكامهما مختلفة فان حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة * وقد تقدم في اول باب الاستحقاق من البيوع ان الرجل اذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقربها الرجل لم ياخذ ولدها لان البينة حجة مطلقة كاسمها مبيّنة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية مملوكة المستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض * بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لاترجع الباعة بعضهم على بعض * فان استدل الخصم بقوله عليه السلام البينة على المدعي فانه لايفصل بين كون الخصم حاضرا او غائبا او بحديث هند حيث قالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابا سفيان رجل شحيح لايعطيني من النفقة مايكفيني وولدي فقال عليه السلام خذي من مال ابي سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب اجبناه عن الحديث الاول بانه يدل على ان من ادعى شيئا فعليه اقامة البينة وهو مع كونه متروك الظاهر لان الخصم اذا اقر ليس على المدعي اقامة البينة ليس بمحل النزاع وانما النزاع في ان القاضي هل يجوز له ان يحكم على الغائب اولا وليس فيه مايدل على نفي او اثبات وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه حين بعثه الى اليمن لاتقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن وعن حديث هند بان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالما باستحقاق النفقة على ابي سفيان الا يرى انها لم تقم البينة **قوله** ولو انكر ثم غاب فكذلك يعني

لا يقضى القاضي في غيبته وان وجد منه الانكار وكذا اذا انكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار الى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب واجيب بان الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات **قوله** ومن يقوم مقامه لما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من يقوم مقامه بين ذلك واعلم ان قيام الحاضر مقام الغائب اما ان يكون بفعل فاعل او يكون حكما شرعيا والاول اما ان يكون الفاعل هو الغائب كما اذا وكل شخصا وهو ظاهر والقاضي كما اذا اقام وصيا من جهته والثاني اما ان يكون ما يدعي به على الغائب سببا لازما لما يدعي به على الحاضر او شرطا لحقه فان كان سببا لازما سواء كان المدعى شيئا واحدا كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة ان الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فان المدعى وهو الدار شيء واحد وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب للملك لا محالة * او شيئين مختلفين كما اذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدا فلان الغائب فاقام المشهود له بينة ان فلان الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة والمدعى شيئان المال على الحاضر والعتق على الغائب والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لان ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فان القضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب لان المدعى شيء واحد في الاول اوكشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك فاذا حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره ولا يحتاج الى اعادة البينة ولهما نظائر في الكتب المبسوطة والمصنف رح لم يتعرض الا للسببية واما ان يكون المدعى شيئا واحدا او شيئين

او شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم فان الشيء اذا ثبت ثبت بلوازمه * وقيدنا السبب بقولنا لازما احترازا عما اذا كان سببا في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب كما اذا قال رجل لامرأة رجل غائب ان زوجك فلان الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات الطلاق على الغائب حتى اذا حضر وانكر الطلاق تجب عليها اعادة البينة لان المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما تدعي على الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما فان قيل كلام المصنف رح ساكت عن هذا القيد قلت اكتفى بالاطلاق لصرف المطلق الى الكامل عن التقييد وان كان اعني ما ادعى به على الغائب شرطا لحقه اي لحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فادعت امرأة الحالف عليه ان فلانا طلق امرأته واقامت على ذلك بينة قال المصنف رح فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وهو قول عامة المشائخ رحمهم الله لان بينتها على فلان الغائب لا تصح لان ذلك ابتداء القضاء على الغائب وقال الامام فخر الاسلام وشمس الايمة الاوزجندي ان البينة تقبل ويجعل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط لا يقال المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه اكثر لكونه من الجانبين لان المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب وهو في الشرط موجود * واخرج المصنف رح المسخر من جهة القاضي وهو من نصبه وكيلا عن الغائب ليسمع الخصومة عليه بقوله كان وصيا من جهة القاضي لان كلامه فيمن

يقوم مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه ذكره في الذخيرة وهو احدى الروايتين فيه فكأنه اختاره **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى للقاضي ان يقرض اموال اليتامى ويكتب الصك لاجل تذكره الحق وهو الاقراض لان في اقراض اموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة ان حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها فان قيل نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى بجحود المستقرض اجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكتابة يحصل الحفظ وينتفي النسيان بخلاف الوصي فانه ليس له ان يقرض فان فعل ضمن لان الحفظ والضمان وان كانا موجودين بالاقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لانه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه عاجز عن الاستخراج وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد والعتابي وفي رواية يجوز له ذلك لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له والظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذه الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وروى الحسن عن ابيحنيفة رح انه ليس له ذلك

* باب التحكيم *

هذا باب من فروع القضاء وتاخيره من حيث ان المحكم ادنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي وهو مشروع بالكتاب والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ والصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم واذا حكّم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم المولّى لانه بمنزلته في ما بينهما واعترض بان الولاية كذلك [illegible] في حق التعليق والاضافة الى المستقبل على قول ابي يوسف رح

رجحكها وقعت فانهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده واجيب بان التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت الا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء والامارة لانه تفويض واذا كان المحكم بمنزلة الحاكم اشترط له اهلية القضاء فلو حكما امرأة في ما يثبت بالشبهات جاز لانها من اهل الشهادة فيها **قوله** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد قد تقدم ان اهلية القضاء باهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقلد حاكما ولا محكما فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي ان حكّمه المسلمون * وان حكّمه اهل الذمة جاز لانه من اهل الشهادة في ما بينهم وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان اياه وتقليد الذمي ليحكم بين اهل الذمة صحيح دون الاسلام فكذا تحكيمه والمحدود في القذف وان تاب لانه ليس من اهل الشهادة عندنا كما سيأتي والفاسق والصبي لعدم اهلية الشهادة فيهما لكن اذا حكم الفاسق يجب ان يجوز عندنا كما مر في اول ادب القاضي ان الفاسق لا ينبغي ان يقلد القضاء ولو قلد جاز ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل ان يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما لاتفاقهما على ذلك فلا يحكم الا برضاهما جميعا لان ما كان وجوده من شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم بعدم احدهما وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا فان قيل اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر وانما التمام بعد الحكم ولا نقض ح فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم لصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان فانه لازم واذا رفع حكمه الى حاكم فوافق مذهبه امضاه لانه ان لم يمضه نقضه لم يحكم الا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ولو لم يمض لتمكن لان امضاء الاول بمنزلة حكم نفسه وان خالفه ابطله لان حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فانه لا يبطله الثاني وان خالف مذهبه

لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر ان يرده **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها * واما في حد القذف والقصاص فقد اختلف فيه قال شمس الايمة من اصحابنا من قال التحكم في حد القذف والقصاص جائز وذكر في الذخيرة عن صلح الاصل ان التحكيم في القصاص جائز لان الاستيفاء اليهما وهما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الاموال وذكر الخصاف ان التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص واختاره المصنف رح واستدل بقوله لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود وقالوا في ذلك لان حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات وهذا كما ترى اشمل من تعليل المصنف رح **قوله** وقالوا اي قال المتاخرون من مشائخنا وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر من اصحابنا وهو صحيح لكن المشائخ امتنعوا عن الفتوى بذلك * قال شمس الائمة الحلوائي مسئلة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها وكان يقول ظاهر المذهب انه يجوز الا ان الامام استاذ اباعلي النسفي كان يقول نكتمه هذا الفصل ولا نفتي به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا وان حكما في دم خطاء لا ينفذ الا في صورة لانه اما ان يحكم بالدية على العاقلة او في مال القاتل فان كان الاول لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين وان كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ومخالف للنص وهو حديث حمل بن مالك قوموا فدوه كما سيأتي في كتاب المعاقلة ان شاء الله تعالى **قوله** الا اذا ثبت استثناء من قوله رده القاضي اي يرد قضاءه بالدية في ماله الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله واما

واما في اروش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهي خمسمائة درهم وثبت ذلك بالاقرار والنكول اوكان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز * وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطاء لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة لم ترضوا بحكمه **قوله** ويجوز ان يسمع البينة يعني انه لما صار حاكما عليهما بتسليطهما جاز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر المحكّم باقرار احد الخصمين بان يقول لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا او بعدالة الشهود مثل ان يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء اوقامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله وقضى القاضي ونفذ لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك اذا كانا على تحكيمهما فيملك الاخبار كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان نصبت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا ههنا * وان اخبر بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله اني حكمت بكذا كالقاضي المولى اذا قال بعد عزله حكمت بكذا وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل لان الاهلية للشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم ولا فرق في ذلك بين المولّى والمحكّم بخلاف ما اذا حكم عليهم لان الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة فكذلك القضاء واذا حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر محتاج الى الرأي فلو حكم احدهما لا يجوز لانهما انما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كرأي المثنى * ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد

على ذلك غيرهما لانهما بعد القيام كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه

* مسائل شتى من كتاب القضاء *

مسائل شتى اي متفرقة من شتت تشتيتاً اذا فرق * ذكر في آخر كتاب ادب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى او منثورة او متفرقة قيل وعلى هذا كان القياس ان يؤخرها الى آخر كتاب القضاء ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرجم وانه لجدير بالتأخير لانه حال الموت اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ان ينقب فيه كوة بغير رضاء صاحب العلو وليس لصاحب العلو ان يبني على علوه ولا ان يضع عليه جذعا لم يكن ولا يحدث كنيفا الا برضاء صاحب السفل عند ابي حنيفة رح وقالا جاز لكل واحد منهما ان يصنع ما لا يضر به وقيل هذا تفسير لقول ابي حنيفة رح يعني ان ابا حنيفة رح انما منع عما منع اذا كان مضرا واما اذا لم يكن فلم يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما في ما لا يتضرر به الآخر فصلا مجتمعا عليه لان التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه وقيل ليس ذلك بتفسير له وانما الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع عنه الا بعارض الضرر فاذا لم يكن ضرر لم يمنع بالاتفاق * وانما تظهر ثمرة الخلاف اذا اشكل فعندهما لم يجز المنع لان الاطلاق متيقن واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن التصرف كما منع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في المرهون والمستاجر والاطلاق بعارض وهو الرضى به دون عدم الضرر فتامل فاذا اشكل لا يزول المنع لما ذكرنا **قوله** على انه لا يعري عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه استظهارا على المنع لافادة ما قبل ذلك **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة ...كة

سكة طويلة غير نافذة تنشعب من يمينها او يسارها مثالها على هذه الصورة

قصيرة غير نافذة

طويلة غير نافذة

فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتح الباب للمرور ولا حق لهم في المرور لان المرور فيها لاهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا * الا يرى انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان يأخذوها بالشفعة لان تلك السكة لهم خاصة لكونها غير نافذة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع والاصح انه يمنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب يكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع * وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ان الزائغة الاولى غير نافذة وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه ابو الليث الا اذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الاشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز ان يكون حالا من الزائغتين جميعا لان الاشارة بذلك الى الاثنين والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى قل أرأيتم إن أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من إله غير الله يأتيكم به اي بذلك على احد الوجهين وان كانت الزائغة القصوى مستديرة قد لزق طرفاها يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة فلكل واحد منهم ان يفتح بابه في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها بهذه الصورة

قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكره الذي هي في يده دار بيد رجل ادعى عليه آخر ان له فيها حقا وانكر ذو اليد ثم صالحه منها جاز الصلح وهي مسئلة الصلح على الانكار وسيأتي الكلام فيه في الصلح ان شاء الله تعالى

فان قيل كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى الا ترى انه لو ادعى على انسان شيئا لا يصح دعواه اجاب بان المدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة والمانع منها ما يفضي اليها ولقائل ان يقول جهالة المدعى اما ان تكون مانعة صحة الدعوى اولا فان كان الثاني صح دعوى من ادعى على انسان شيئا لكنها لم تصح ذكره في النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية * وان كان الاول لما جاز الصلح في ما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح والجواب باختيار الشق الاول ولا يلزم عدم جواز الصلح في ما نحن فيه لان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لانه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب ان الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه ازالة الفساد باعلام مقدار ما يدعي فلا يكون رده مفيدا **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له منذ شهرين مثلا وسلمها اليه وانها ملكه بطريق الهبة والتسليم والتسلم وجحد دعواه ذو اليد فسئل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لاني طلبت منه فجحدني الهبة فاضطررت الى شرائها منه فاشتريتها منه واشهدت عليه واقام البينة على الشراء فان شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل البينة لظهور التناقض من وجهين * احدهما من حيث ان المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى * والثاني من حيث الدعوى نفسها لان ثبت موجب الشهادة في حق المدعي ثبت الشراء على وقت الهبة لانه يكون قائلا وهب لي هذه الدار وكانت ملكي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء وان شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق ووقع في بعض النسخ وهم [illegible]

يشهدون به قبله اي قبل عقد الهبة او وقتها وفي بعضها قبلها اي قبل الهبة وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة او وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع عنه فعد مناقضا واما اذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لانه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض قيل ينبغي ان لا تقبل في هذه الصورة ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة واجيب بانه لما جحد الهبة فقد فسخها من الاصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا **قوله** ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة اي عزم بقلبه *وقيل ان يشهد بلسانه على العزم بالقلب ان لا يخاصم معه وسعه اي حل له ان يطأ الجارية لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به لان الجحود انكار للعقد من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فيتلاقيان بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة ان يتزوج بزوج آخر اقامة لهما مقام الفسخ لكن ليس لها ذلك واجيب بان الشيء يقوم مقام غيره اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع فان قيل مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فان العقد لا ينفسخ بمجرد عزمه تنزل المصنف في الجواب فقال بمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة الى بيته وما يضاهيه كالاستخدام

لان ذلك لايحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة * وبه يندفع ما قال زفر رح انه لايحل وطئها لان البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه مالم يبعها او يتقايلا ولم يوجد ذلك لان التقايل موجود دلالة **قوله** ولانه دليل آخر فان المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ولما تعذر فات رضى البائع وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر * والفرق بين الدليلين ان الانفساخ كان في الاول مترتبا على الفسخ من الجانبين وجعل جحوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده **قوله** ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك ثم قال انه زيوف صدق سواء كان مفصولا او موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى ههنا واحد فالحكم فيهما سواء ووجه ذلك ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة بدليل انه لو تجوز بها في ما لا يجوز الاستبدال في بدله كالصرف والسلم جاز ولو لم تكن من جنسها كان التجويز استبدالا وهو فيهما لا يجوز كما تقدم فان قيل الاقرار بالقبض يستلزم الاقرار بقبض الحق وهو الجياد حملا لحاله على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو اقر بقبض حقه ثم ادعى انه زيوف لم يسمع منه فكذا هذا اجاب المصنف رح بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة وقوله حملا لحاله على ماله حق قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لانه دون حقه وانما الممنوع من القبض ما يزيد على حقه واذا لم يكن القبض مختصا بالجياد فالاقرار به لا يستلزم الاقرار بقبض الجياد فدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه والقول قول المنكر باليمين والنبهرجة كالزيوف لكونهما من جنس الدراهم كما تقدم وعلم من هذا انه لو اقر بالجياد وهو حقه او

او بحقه او بالثمن او بالإستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفا او نبهرجة لم يصدق لاقراره بقبض الجياد صريحا في الاول ودلالة في الباقي لان حقه في الجياد والثمن جياد والاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا* ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما اذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وانكره فان القول قول البائع لا المشتري الذي انكر قبض حقه لان المشتري اقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من قبيل الثاني اعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضا على القبيل الاول قال صاحب النهاية جمع بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء فانه اذا اقر انه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى انها زيوف فانه لا يصدق لا مفصولا ولا موصولا وفي ما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا والفرق هو ان في قوله قبضت مالي عليه او حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح كما لو قال لفلان علي الف الا مائة فاما اذا قال قبضت عشرة جيادا فقد اقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كمن قال لفلان علي مائة درهم ودينار الا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا ههنا **قوله** وفي الستوقة لا يصدق يعني لو ادعاها بعد الاقرار بقبض العشرة لم يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضا في دعواه قال صاحب النهاية ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الاقرار ما يدل على انه ان ادعى الرصاص بعد الاقرار بقبض الدراهم ان كان مفصولا لم يسمع وان كان موصولا يسمع والستوقة اقرب الى الدراهم من الرصاص فاذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة اولى* وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف رح

فان كلامه في ما اذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم ادعى فانه للتراخي ولا نزاع في غير الزيوف والنبهرجة انه اذا ادعاه لا يقبل مفصولا واما انه هل يقبل موصولا ام لا لم يصرح بذكره اعتمادا على انه لما كان بيان تغيير فهو تغيير موجب الكلام نحو التعليق والاستثناء والتخصيص وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا وذكر احد الجانبين فهم الجانب الآخر * بقي الكلام في ما اقر بالدراهم الجياد وادعى انها زيوف فانه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم ويجاب عن ذلك بان المنع هناك عن قبول الموصول انما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر لا من حيث انه بيان تغيير ان صح ذلك عن الاصحاب وعن المشائخ رحمهم الله وقد اختاره المصنف رح فانه ما عزاه الى شيء من النسخ وتمثيله باستثناء الدينار قد لا ينتهض لان الجودة وصف لا يصح استثناؤه فكانه لم يستثن ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال اي رده والنبهرجة بما يرده التجار ولعله اردى من الزيوف والستوقة ما يغلب عليه الغش قيل هو معرب ستوه هي اردى من النبهرجة حتى خرج من جنس الدراهم **قوله** ومن قال لآخر لك علي الف درهم اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول فاما ان يستقل المقر باثباته او لا * والاول يرتد برد المقر له مستقلا بذلك كما ان المقر يستقل باثباته * والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد قوله بل لي عليك الف درهم غير مقيد لانه دعوى فلا بد لها من حجة اي بينة او تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد فانكر له ان يصدقه بعد ذلك لان اقراره وان كان بما يحتمل الابطال لكن المقر لم يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد يعني المقر له لا ينفرد بالرد كما ان المقر لا ينفرد باثباته والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق

التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات فينفرد الآخر بالرد قلت ان عزم المقر على
ترك الخصومة وجب ان لا يفيده التصديق بعد الانكار فان الفسخ قد تم ولهذا لو كانت جارية
حل وطئها كما تقدم ويجوز ان يقال ان قوله ثم قال في الكافي اشارة الى الجواب عن ذلك
فان العزم والنقل كان دليل الفسخ * وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية ان احد
العاقدين لا ينفرد بالفسخ وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع
فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب * وذلك لانه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد
وههنا لما اقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ * وان كان الثاني
كما اقر بنسب عبده من انسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب
عند ابي حنيفة رح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد
وان وافقه المقر على ذلك **قوله** ومن ادعى على آخر مالا اذا ادعى على آخر مالا فقال
ما كان لك علي شيء قط ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستغراق
فاقام المدعي البينة على ما ادعاه واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او على الابراء
قبلت بينته وقال زفر رح وهو قول ابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب
وقد انكره فكان متناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق
ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب الا يرى انه يقال قضى
بباطل كما يقال قضى بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك
علي شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي البينة على
المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض اصلا * قالوا دلت
المسئلة على قبول البينة عند امكان التوفيق من غير دعواه واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب
بفصل دعوى القصاص والرق فقال الا يرى انه لو ادعى على رجل دم عمد فلما ثبت عليه
اقام المدعى عليه بينة على الابراء او العفو او الصلح معه على مال قبلت وكذا لو ادعى رقية جارية

فانكرت واقام البينة على رقيتها ثم اقامت هي بينة على انه اعتقها او كاتبها على الف وانها ادت اليه قبلت ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك او ما اشبهه كقوله ولارأيتك ولاجرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بحالها لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لايكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة وذكر القدوري عن اصحابنا انه ايضا يقبل لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكنا * قالوا وعلى هذا اذا كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لانه يتحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على الشراء فوجد بها عيبا لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالاصبع الزائدة واراد ردها على البائع فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينته ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافا والخصاف اثبته عن ابي يوسف رح واشار اليه المصنف بقوله وعن ابي يوسف رح انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا من صورة الدين فانه لو انكره اصلا ثم اقام البينة على القضاء او الابراء قبلت لان غير الحق قد يقضى فامكن التوفيق فكذلك يجوز ههنا ان يقول لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى علي البيع سألته ان يبرأني عن العيب فابرأني وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون الموصوف غير متصور وهو قد انكره فكان متناقضا بخلاف مسئلة الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر **قوله** ذكر حق كتب في اسفله اذا اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه واراد بذلك من اخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك

ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب شراء ما ادرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند ابي حنيفة رح وقالا الاستثناء ينصرف الى ما يليه لانه للاستيثاق والتوكيد وصرفه الى الجميع مبطل فما فرض للاستيثاق لم يكن له هذا خلف باطل ولان الاصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء الى ما يليه وهذا استحسان والجواب ان الذكر للاستيثاق مطلقا واذا لم يكتب في آخره ان شاء الله تعالى والثاني مسلم ولا كلام فيه والاول عين النزاع والاصل في الكلام الاستبداد اذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ولابي حنيفة رح ان الكل في ما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع * هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت وفائدة كتابة ومن قام بهذا الذكر في الشروط اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول ابي حنيفة رح فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح بلا ضرورة * وكونه توكيلا مجهولا ليس بضائر لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة فاذا رضي فقد اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم وقيل هو للاحتراز عن قول ابن ابي ليلى لانه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضى الخصم الا اذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب ابي حنيفة رح فان الرضاء بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت وجوده كعدمه

* فصل في القضاء بالمواريث *

قد تقدم لنا الكلام في ما يوجب تاخيره هذا الفصل الى هذا الموضع **قوله** واذا مات النصراني

فجاءت امرأته مسلمة ذكر مسئلتين مما يتعلق اثباته باستصحاب الحال وهو الحكم
بثبوت امر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر وهو على نوعين * احدهما ان يقال
كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحيوة المفقود * والثاني ان يقال هو ثابت في الحال
فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحون كما سنذكره وهو حجة دافعة لا مثبتة
عندنا كما عرف في اصول الفقه فاذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول للورثة وقال زفر رح القول قولها
لان الاسلام حادث بالاتفاق والحادث يضاف الى اقرب الاوقات لذلك
ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين وكل ما هو ثابت
في الحال يكون ثابتا في ما مضى تحكيما للحال اي باستصحاب الحال كما في جريان
ماء الطاحون اذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فانه يحكم الحال فان كان الماء
جاريا في الحال كان القول للآخر وهو صاحب الطاحون وان كان منقطعا كان القول
للمستأجر قوله وهذا يعني تحكيم الحال او الحال ظاهر نعتبره لدفع استحقاقها الميراث
وهو صحيح وهو اعني زفر يعتبره للاستحقاق وهو ليس بصحيح عندنا وفيه نظر لان زفر لم يجعل
استحقاقها بالميراث بالحال بل بان الاصل في الحادث الاضافة الى اقرب الاوقات
ويجوز ان يجاب بان ذلك ايضا ظاهر والظاهر استصحابا كان او غيره لا يعتبر للاستحقاق * على
انه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر قوله ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت
مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالقول
قول الورثة ايضا ولا يحكم الحال لان تحكيمه يؤدي الى جعله حجة للاستحقاق الذي
هي محتاجة اليه وهو لا يصلح لذلك وبهذا التقرير تم الدليل وقوله اما الورثة فهم دافعون
اشارة الى معنى آخر وهو ان في كل مسئلة منهما اجتمع نوعا الاستصحاب اما في الاول فلان
نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة في ما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت اسلاما حادثا

حادثا فبالنظر الى ما كانت في ماضي والاصل فيه ان يبقى هو من النوع الاول
وبالنظر الى ما هو موجود في الحال والاصل فيه ان يكون موجودا في ماضي هو
من النوع الثاني فلو اعتبرنا الاول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا
وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا وكان القول قولهم * واما في الثانية فلان نصرانيتها
كانت ثابتة والاسلام حادث فالنظر الى النصرانية يقتضي بقاؤها الى ما بعد الموت والنظر
الى الاسلام يقتضي ان يكون ثابتا قبل موته فلو اعتبرناه لزم ان يكون الحال مثبتا
وهو لا يصلح فاعتبرنا الاول ليكون دافعا والورثة هم الدافعون فيفيدهم الاستدلال به
وقوله ويشهد لهم دليل آخر وهو ان الاسلام حادث والحادث يضاف الى اقرب
الاوقات فان قيل ان كان ظاهر الحدوث معتبرا في الدلالة كان ظاهر زفر رح في المسئلة
الاولى معارضا للاستصحاب ويحتاج الى مرجح والاصل عدمه فالجواب انه معتبر
في الدفع لا في الاثبات وزفر رح يعتبره للاثبات ونوقض بنقض اجمالي وهو ان ما ذكرتم
يدل على ان الاستصحاب لا يصلح للاثبات فلو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضي
بالاجر على المستاجر اذا كان ماء الطاحون جاريا عند الاختلاف لانه استدلال به لاثبات
الاجر والجواب انه استدلال به لدفع ما يدعي المستاجر على الآجر من ثبوت العيب
الموجب لسقوط الاجر واما ثبوت الاجر فانه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعا
لا موجبا فاعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل قوله ومن مات وله في يد رجل
اربعة آلاف درهم وديعة رجل مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فاقر المودع
بها على انه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعها الى المقر له لانه اقر
ان ما في يده حق الوارث ملكه خلافة ومن اقر بملك شخص عنده وجب دفعه اليه كما اذا
اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض
او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا

على مال الغير ولقائل ان يقول كان الواجب في المسئلة الاولى ان لا يؤمر بالدفع
لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته اليه كالدين وغيره
فان خلافة الوارث متأخرة عن ذلك والجواب ان استحقاق الوارث ثبت باقراره
بيقين وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به * فاذا امتنع في الوديعة
حتى هلكت هل يضمن اولا قيل يضمن وقيل لا يضمن * وكان ينبغي ان يضمن لان المنع
من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله * وان
سلمها هل له ان يستردها قيل لا يملك ذلك لانه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف
المديون اذا اقر بوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار على الغير
بل الاقرار فيه على نفسه لان الديون تقضى بامثالها ولو اقر المودع بعد الاقرار الاول
لرجل آخر بانه ايضا ابن الميت وانكره الاول وقال ليس له ابن غيري قضي بالمال
للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال فالاقرار الثاني
يكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول
لم يكذبه احد فصح اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب
غيره ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا بانه يلزم
ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم المودع من القاضي بعدما اقر انه
من اقر له القاضي وقد تقدم في ادب القاضي * واما اذا كان الدفع بقضاء كان في الاقرار
الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار قوله واذا قسم الميراث بين الغرماء اذا احضر رجل
وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد او لا
فان كان الثاني واقام على ذلك بينة فهو على ثلثة اوجه * احدها انهم قالوا تركها ميراثا
لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على
عدد الورثة لانهم لما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول

بالمجهول متعذر * والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه ولا نعرف له وارثا غيره وفيه يقضي
الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق * والثالث اذا شهدوا انه ابن فلان
مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا
غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول
فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه ان كان الحاضر
ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن فان كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ فانه
لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين وهو النصف
والربع عند محمد رح واقلهما وهو الربع والثمن عند ابي يوسف رح وقول ابيحنيفة رح
مضطرب * فاذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار اليه هل يوخذ منه كفيل بما دفع اليه
قال ابوحنيفة رح لا يوخذ ونسب القائل به الى الظلم * قيل اراد به ابن ابي ليلى * وقالا له
ذلك * وان كان الاول يوخذ الكفيل بالاتفاق لكون الاقرار حجة قاصرة * لهما ان القاضي
ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط والاحتياط في اخذ الكفيل فيحتاط القاضي
باخذه كما اذا دفع القاضي العبد الآبق واللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه
فانه يأخذ منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امرأة الغائب اذا استحقت في ذمته وله
عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا
ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث آخر يقينا او ظاهرا
ان كان وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر
عنده من الحجة فكان العمل بالظاهر واجبا عليه والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم
كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع
الى المشتري والدين الى المدعي من غير كفيل وان كان حضور مستحق آخر فيهما وغريم
آخر في حق العبد موهوما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل

قوله ولان المكفول له دليل آخر على عدم جواز اخذ الكفيل وذلك لما تقدم ان جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وههنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لاحد الغرماء فان قيل اذا اقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيلا بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول اجيب بانه اذا اقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة ان ثمة مالكا لا محالة واقل ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له * ونقل التمرتاشي فيه خلافا فان ثبت فلا اشكال لا يقال الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لانه ليس بخصم ولا نائب لان الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة وعورض بان الناصبي بالاجماع في هذه الصورة بالاجماع على ما يراه وفي ذلك تاخير لحق ثابت قطعا او ظاهرا كما ذكرتم لحق موهوم فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو امر يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة على النفي باطلة بل خبر يستانس به على نفي الشريك والتلوم من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق بخلاف طلب الكفالة وقوله بخلاف النفقة جواب عما استشهد ابو حنيفة من المسائل اما مسئلة النفقة فلان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم ايضا فصحت الكفالة واما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان * قال في رواية لا يجب ان يأخذ كفيلا * وقال في رواية يجب ان يأخذ منه كفيلا * قالوا في شروح الجامع الصغير الاصح ان الرواية الاولى قول ابي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ * وقال الناصبي ان دفع الآبق باقرار العبد انه للمدعي واللقطة باخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالاجماع لان المدعي غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع **قوله** وقولا اي قول ابي حنيفة [illegible]

ظلم اي ميل عن سواء السبيل انما ذكره تمهيدا لما ذكره بقوله وهذا اي اطلاق الظلم على المجتهد فيه يكشف عن مذهب ابي حنيفة رح ان المجتهد يخطي ويصيب * ويقرر ان اصحابنا المتقدمين برآء عن مذهب اهل الاعتزال في ان كل مجتهد مصيب وادعائهم ان ذلك مذهب ابيحنيفة واصحابه رحمهم الله وقد قررناه ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى **قوله** واذا كانت الدار في يد رجل دار في يد رجل اقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل وهذا اي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند ابي حنيفة رح واما عدم الاستيثاق بالكفيل ههنا فبالاجماع وقالا من في يده الدار ان كان جاحدا اخذ منه النصف الآخر وجعل في يد امين والاترك في يده لان الجاحد خائن والخائن لايترك مال الغير في يده والمقر امين فيجوز ان يترك المال بيده ولابيحنيفة رح ان القضاء وقع للميت مقصودا لان القضاء بالميراث ههنا بملك الميت حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر ممن المقضي بيده لاحتمال كونه مختارا له وهو ثابت في ما نحن فيه فلا ينقض يده بيد غير من هو مختار له * وانما قال واحتمال كونه لان كون المال بيده من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفي به كما اذا كان من بيده مقرا انه اما ترك الباقي بيده لذلك **قوله** وجحوده جواب عما ذكراه وجهه ان الخيانة بالجحود اما ان تكون باعتبار ما مضى او ما سياتي والاول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا الازمنة والثاني ظاهر العدم لان الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتبت في الخريطة الظاهر ان لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة لا يقال موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة وانخراق الخرائط امور محتملة فكان الجحود محتملا لان ذلك نادر والنادر لا حكم له ولو كانت الدعوى في منقول والمسألة بحالها فقد قيل يؤخذ من يده النصف الآخر

بالاتفاق والفرق بينه وبين العقار ان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ فالنزع ابلغ فيه اما انه يحتاج فيه الى الحفظ فلانه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل الى محل * واما ان النزع ابلغ فيه فلان النزع ابلغ في الحفظ لانه لما جحد من بيده ربما يتصرف فيه لخيانته اولزعمه انه ملكه واذا انتزعه الحاكم ووضعه في يد امين كان هو عدلا ظاهرا فكان المال به محفوظا بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وانما خصهم بالذكر لانه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من بابه ومن المشائخ من قال المنقول ايضا على الخلاف وقول ابيحنيفة رح فيه اظهر بناء على ما ذكرنا من حاجته الى الحفظ فاذا ترك في يده كان مضمونا عليه ولواخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك ابلغ في الحفظ * ولعل هذا هو الظاهر لان ما قيل انه لما جحد من بيده ربما يتصرف لخيانته اولزعمه انه ملكه ساقط العبرة نظرا الى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة وذلك ثابت يقتضي ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق **قوله** وانما لا يؤخذ الكفيل راجع الى قوله ولا يستوثق منه بكفيل ومعناه اخذ الكفيل انشاء خصومة لان من بيده الباقي قد لا تسمح نفسه باعطائه والقاضي يطالبه به فتنشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لانشائها بل لقطعها فان قيل هب ان القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه باعطائه قلت نجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ههنا انشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعا للشيء كان منشأ له هذا خلف **قوله** واذا حضر الغائب اختلف المشائخ رح في وجوب اعادة البينة اذا حضر * فمنهم من قال بذلك على قياس قول ابيحنيفة رح في القصاص اذا اقام الحاضر البينة على انه قتل اباه عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها * ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف

المصنف رح قال الامام فخر الاسلام رح وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين في ما يستحق للميت مطلقا وعليه ان كان الكل بيده كما سيجيء دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في الحقيقة انما هو الميت لما ذكرنا وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين بالخصومة اذا غاب احدهما كان للآخر ان يخاصم * ولهذا قلنا اذا ادعى رجل على احدهم دينا على الميت واقام عليه البينة يثبت في حق الكل * وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة يثبت في حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع اجاب بقوله بخلاف الاستيفاء بنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره ولقائل ان يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ونائبا عن غيره في ما زاد ولا محظور فيه وجوابه ان السائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك وقوله كما اذا قامت البينة بدين الميت اي بدين للميت او عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر **قوله** الا انه استثناء من قوله لان احد الورثة ينتصب خصما الى قوله له وعليه * يعني انه لو ادعى احد على احد الورثة دينا على الميت يكون خصما عن جميع الدين ان كان جميع التركة بيده ذكره في الجامع والا كان خصما عما في يده لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من اجناس الاموال التي تجب فيها الزكوة كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب اولا لان المعتبر هو جنس مال الزكوة والقليل منه * ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان المعتبر جنس ما تجب فيه الزكوة وان لم تجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال التي لا تجب في جنسها الزكوة كالعقار

والرقيق واثاث المنزل وثياب البذلة وغير ذلك وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء
والقياس في الاول ايضا ان يقع على كل شيء كما قال به زفر رح لان اسم المال عام
يتناول الجميع وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ ليس للعبد
ولاية الايجاب مستبدا به لئلا ينزع الى الشرك وايجاب الشرع في المال من الصدقات
مضاف الى اموال خاصة فكذا ايجاب العبد ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب
في الشرع من جنسه شيء وهو معتبر لانه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف
بعرفات اولانه في معنى الصلوة لانه لانتظار اوقات الصلوة ولهذا اختص بمسجد جماعة
والمنتظر للصلوة كانه في الصلوة اما الوصية فهي اخت الميراث لانها خلافة كالوراثة من حيث
انهما يثبتان الملك بعد الموت ولا يختص الميراث بمال دون مال في الشرع فكذا الوصية
قوله ولان الظاهر دليل آخر يعني ان الظاهر من حال الناذر التزام الصدقة من فاضل ماله
وهو مال الزكوة لان الحيوة مظنة الحاجة الى ما تقوم به حوائجه الاصلية فيختص النذر بمال
الزكوة اما الوصية فانها تقع في حال الاستغناء عن الاموال فينصرف الى الكل والارض العشرية
تدخل في النذر عند ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة عنده راجحة
في العشرية فصارت الارض العشرية كاموال التجارة لانها من جنس الاموال التي تجب
فيها الصدقة ولا تدخل عند محمد رحمه الله وذكر الامام التمرتاشي قول ابي حنيفة رح مع
محمد رح لانه اي الارض العشرية والتذكير لتذكير الخبر سبب المؤنة اذ جهة المؤنة
راجحة عنده فصارت مثل عبد الخدمة * واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه تمحض
مؤنة لان مصرفه المقاتلة [illegible] الاغنياء ولو قال ما املك صدقة في المساكين [illegible]
يتناول كل مال [illegible] ابي يوسف [illegible] ذكره في الايضاح
[illegible]
[illegible]

الى غير اموال الزكوة ايضا اظهاراً لزيادة عمومه فان قيل الصدقة في الاموال مقيدة في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية اجاب بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لانه ح لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع والصحيح انهما اي لفظ مالي وما املك سواء في ما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوتية وهو اختيار الامام شمس الائمة السرخسي رح لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة قال في النهاية ان قوله على ما مر اشارة الى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وليس بواضح لانه ابطل ذلك الوجه بقوله والمقيد ايجاب الشرع وهو بلفظة المال ولعله اشارة الى قوله ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع اليه ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته لان حاجته هذه مقدمة اذ لو لم يمسك لاحتاج الى ان يسأل الناس من يومه وقبيح ان يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ثم اذا اصاب شيئاً تصدق بما امسك ولم يبين محمد رح في المبسوط مقدار ما يمسك لاختلاف احوال الناس فيه بكثرة العيال وقلته وقيل يمسك المحترف قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة وهو صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يوجرها الانسان لشهر لان يده تصل الى ما ينفق شهرا فشهرا وصاحب الضياع لسنة لان يد الدهقان تصل الى ما ينفق سنة فسنة وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله وفي ايراد مسئلة النذر في ما نحن فيه من فصل القضاء في المواريث نظر ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي اخت الميراث

قوله ومن أُوصي اليه ولم يعلم وجه ايراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء بالمواريث ما ذكرنا آنفا * ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي والبيع جائز واذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه وعن ابي يوسف رح انه اعتبر الاول

بالثاني لان وصف الانابة اي النيابة جامع فان الوصاية انابة بعد الموت والوكالة انابة
قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله ووجه الفرق بينهما
على ظاهر الرواية ان الوصاية خلافة لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة
والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت
المورث فانه صحيح * بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية المستنيب والانابة تتوقف
على العلم لانها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل وفي الاول لو توقفت فات
لعجز الموصي فان قيل اذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان
وباع عبده صح من غير توقف على علمه اجيب بانه على الروايتين ووجه الفرق على
رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة التي تثبت قصدا * وهذا كما اذا قال بايعوا
عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه روايتين في احدهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن
لثبوته ضمنا * فاذا ثبت ان علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من اعلام
فمن اعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا او على اضداد ذلك بعد ما كان
مميزا جاز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء
من الالزام وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف واما النهي عن الوكالة فلا يثبت
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه
من جنس المعاملات وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كالوكالة واذن العبد في التجارة
ولابي حنيفة رح انه خبر ملزم اما انه خبر فلانه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام
واما انه ملزم فلانه ينفي جواز التصرف بعده وما كان كذلك فهو في معنى الشهادة
من وجه لانه بالنظر الى كونه خبرا كالخبر بالتوكيل والاذن وغيرهما ليس في معناها وبالنظر
الى ما فيه من نوع الزام كان في معناها فيشترط احد شطري الشهادة وهو العدد او العدالة
عملا بالوجهين بخلاف الاول فانه لما لم يكن فيه الزام اصلا لم يكن في معناها لانتفاء ...

فلم يشترط فيه شيء من ذلك وبخلاف رسول الموكل فانه لا يشترط فيه ايضا شيء من ذلك
لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال اذ ربما لا يتفق لكل احد في كل وقت بالغ
عدل يرسله الى وكيله **قوله** وعلى هذا الخلاف يعني الذي ذكره بين ابي حنيفة
وصاحبيه رحمهم الله في اشتراط احد شطريها في ما فيه الزام المسائل المذكورة قال في النهاية
انها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد رح في المبسوط والاثنان ذكرهما في النوادر والسادسة
قاسها المشائخ عليها والمصنف ترك منها مسئلة * اما الاولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل *
والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون اذا اخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه
وهو عدل او اثنان ثبت الحجر صدقه العبد او كذب وان كان فاسقا وكذبه يثبت عندهما خلافا له
وقيد بتلقاء نفسه لان حكم الرسول حكم مرسله كما مر وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف رح
ههنا * والثالثة العبد الجاني اذا اخبر المولى بجنايته اثنان او واحد عدل فتصرف فيه بعده
بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه فكذلك والا فعلى الاختلاف
عنده لا يكون اختيارا منه خلافا لهما * والرابعة النوادر المسلم الذي لم يهاجر اذا اخبره
اثنان او عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء وان اخبره فاسق وكذبه
فعلى الاختلاف وشمس الائمة السرخسي جعله رسول رسول الله عليه السلام فالزمه * وثانيتها
الشفيع اذا اخبره اثنان او عدل بالبيع فسكت سقطت وان اخبره فاسق وكذبه فعلى
الاختلاف * والسادسة اذا بلغ البكر تزويج الولي فسكتت فان اخبرها اثنان او عدل
كان رضا بلا خلاف وان اخبرها فاسق فعلى الاختلاف **قوله** واذا باع القاضي او امينه
عبدا للغرماء اذا باع القاضي او امينه عبد ميت لاجل اصحاب الديون وقبض الثمن
فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن العاقد وهو القاضي او امينه لان امين القاضي
قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام والامام لا يضمن كيلا يتقاعد عن قبول هذه
الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم اذ هذا البيع بطلبهم

ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري اذا تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد صبيا محجورا او عبدا محجورا عليه وههنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء وان امر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة فان اوصى اليه الميت فظاهر وان اقامه القاضي فكذلك لان القاضي انما اقامه نائبا عن الميت لا عن نفسه وعقد النائب كعقد المنوب عنه فصار كما اذا باعه الميت بنفسه في حيوته ففي ذلك كان يرجع المشتري عليه فههنا يرجع على من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه اي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف * قالوا يجوز ان يرجع بذلك ايضا لان هذا الضمان لحقه في امر الميت * وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له

* فصـــل آخر *

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها اصل واحد يتعلق بكتاب القضاء وهو ان قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول اولا قوله واذا قال القاضي قد قضيت اذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل ذلك وهو ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله مالم تكن الشهادة بحضرتك وهو رواية ابن سماعة عنه لان قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن واستحسن المشائخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا وهي يقتضي ان لا يقبل كتابه ايضا الا انهم تركوها فيه للحاجة اليه وجه ظاهر الرواية ان القاضي اخبر عما يملك انشاءه لان المتولي يتمكن من انشاء القضاء ومن تمكن من الانشاء عند الخبر لا يتهم في خبره وفيه بحث وهو انه متمكن من ذلك بحجة او بدونها والثاني ممنوع والاول

والاول يجرّ الى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة ولان القاضي من اولى الامر وطاعة اولى الامر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه * وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار * وقالوا به اذا كان القاضي عدلا فقيها وعلى هذا يتاتى الاقسام العقلية كما قال الامام ابومنصور رح فان كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطاء لعلمه والخيانة لعدالته وهذا القسم لا يحتاج الى الاستفسار بالاتفاق * وان كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطاء فان احسن تفسير القضاء بان فسّر على وجه اقتضاء الشرع مثل ان يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة ثبت عندي بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لاشبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا والشبهة غير دارئة وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء في الجهل والخيانة في الفسق **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل لما فرغ عن بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمان ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله * فاذا اخبر القاضي المقضي عليه بعد العزل بما قضى واسند الى حال ولايته فلا يخلو اما ان يصدقه في ما قال فلا كلام فيه او يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية او يكذبه فيه فان كان الاول فالقول للقاضي بلاخلاف وان كان الثاني فكذلك في الصحيح فعلى هذا اذا قال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال الماخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال نصابك ظالما فالقول قول القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا والقول لمن يشهد له الظاهر لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي لان ايجابها عليه يفضي الى تعطيل امور الناس بامتناع الدخول في القضاء **

وفي هذه الصورة لو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حال القضاء ودفع القاضي وامره بالشيء صحيح كما اذا كان دفع المال الى الآخذ معاينا في حال القضاء فانه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك ههنا وكذا اذا كان امره بالقطع معاينا في حال القضاء وان قال الماخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول ايضا للقاضي في الصحيح لان القاضي اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان لما مر ان حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الاسناد منكر والقول للمنكر فصار اسناد القاضي ههنا كاسناد من عهد منه الجنون اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون اذا كان ذلك معلوما بين الناس فالقول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاضافته الى حالة منافية للايقاع * وانما قال هو الصحيح احترازا عما قال شمس الائمة السرخسي ان القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على ان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الزمان عنه * واما في الاولى فقد تصادقا انه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهرا لان الاصل ان يكون قضاؤه حقا ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا ان القول للقاضي ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق لا يقال الآخذ والقاطع في الصورة الثانية اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فكان الواجب ان لا يضمنا كالقاضي لان جهة الضمان راجحة لان اقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرا والظاهر لا يعارض القطعي وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي ايضا لكن ذلك يؤدي الى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان ولو كان المال باقيا في يد الآخذ وقد اقر بما اقر به القاضي اخذ منه المال سواء صدقه الماخوذ منه المال

المال في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه لان الآخذ اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه لكونه شهادة فرد

* كتاب الشهادات *

ايراد هذا الكتاب عقيب كتاب ادب القاضي ظاهر المناسبة اذ القاضي في قضائه يحتاج الى شهادة الشهود عند انكار الخصم ومن محاسن الشهادة بالحق انها ماموربها قال الله تعالى كُونُوا قَوَّامِينَ لِلّٰهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ فلا بد من حسنه * وهي في اللغة عبارة عن الاخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ولهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبيء عن المعاينة * وفي اصطلاح اهل الفقه عبارة عن اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظة الشهادة * فالاخبار كالجنس يشملها والاخبار الكاذبة وقوله صادق يخرج الكاذبة * وقوله في مجلس الحكم بلفظة الشهادة يخرج الاخبار الصادقة غير الشهادات * وسبب تحملها معاينة ما يتحملها له ومشاهدته بما يختص بمشاهدته من السماع في المسموعات والابصار في المبصرات ونحو ذلك * وسبب ادائها اما طلب المدعي منه الشهادة او خوف فوت حق المدعي اذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا * وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه والاسلام ان كان المدعى عليه مسلما * وحكمها وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها والقياس لا يقتضي ذلك لاحتمال الكذب لكن لما شرط العدالة لترجح جانب الصدق ووردت النصوص بالاستشهاد جعلت موجبة **قوله** الشهادة فرض تلزم الشهود اداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتمانه اكد الفرض بوصفين وهو اللزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده وشرط مطالبة المدعي تحقيقا لسبب الاداء على ما مر * واستدل بقوله تعالى وَلَا يَأْبَى الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا اي ليقيموا الشهادة او ليتحملوها وسموا شهداء باعتبار ما يؤل اليه وهو بظاهره يدل على النهي عن الاباء عند الدعوة وبقوله تعالى وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ

(كتاب الشهادات)

وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وهو ظاهره يدل على النهي عن كتمانها على وجه المبالغة والنهي عن احد النقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت النقيض الآخر لئلا يرتفع النقيضان فاذا كان الكتمان منهيا عنه كان اللاكتمان ثابتا وهو يساوي الاظهار فيكون ثابتا وثبوته بالاداء وما لم يجب لا يثبت فكان اظهار الاداء واجبا * قال في النهاية النهي عن الشيء لا يكون امرا بضده اذا لم يكن له ضد واحد واما اذا كان فهو امر به كالنهي عن الكتمان عما في الارحام فانه امر بضده وليس يصح من المذهب لما عرف في اصول الفقه *

وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ونوقض بما اذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعي ويعلم الشاهد انه ان لم يشهد يضيع حقه فانه تجب عليه الشهادة ولا طلب ثمه والجواب انه الحق بالمطلوب دلالة فان الموجب للاداء عند الطلب احياء الحق وهو في ما ذكرتم موجود فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفا ان طلب المدعي سبب لاداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف رح بقوله وانما يشترط طلب المدعي فانه يدل على ان طلبه شرط وهو غير السبب لان معنى كلامه وانما يشترط وجود سبب الاداء وهو طلب المدعي فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ فان قلت اما تجعله شرطا وقوله تعالى ولا يأب الشهداء وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة مستثنيات نعم لانه خطاب وضع يدل على سببية غيره كقوله تعالى أَقِمِ الصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ قوله

والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار الشاهد في الحدود مخير بين ان يستر وان يشهر لانه بين ان يشهد حسبة لله ليقام عليه الحد وبين ان يتوقى عن هتك المسلم حسبة له والستر افضل نقلا وعقلا اما الاول فقوله عليه السلام للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الاسلمي لو سترته بثوبك وفي رواية بردائك لكان خيرا لك وروا ايه الد لام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيهما دلالة ظاهرة على ... عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رض ... على

(كتاب الشهادات)

على اقصاية الستر قيل الاخبار معارضة لاطلاق الكتاب واعمالها نسخ لاطلاقه وهو لا يجوز بخبر الواحد واجيب بان الآية محمولة على البداية لنزولها فيها ورد بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والحق ان نقل القدر المشترك في ما نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم في الستر والدرء متواتر في المعنى فجازت الزيادة وقيل ان الخبر الاول ورد في ماعز وحكاية ماعز مشهورة تجوز الزيادة وفيه نظر لان شهرة حكاية ماعز لا تستلزم شهرة ... [illegible] والوارد فيها ... الستر * واما الداعي ولان الستر والكتمان انما حرم ... حق المحتاج الى الاموال والله تعالى غني عن العالمين ليس ثمه خوف فوات

حق فنفي صيانة عرض اخيه المسلم ولا شك في فضل ذلك **قوله** الا انه يجب ان يشهد استثناء من قوله يخير وهو منقطع لان الشهادة بالمال ليست داخلة في الشهادة في الحدود وانما يجب ذلك لان فيها احياء حق المسروق منه ... ولا يقول سرق محافظة على الستر ... [illegible] ... حق الله والآخر حق ... [illegible] ... الاقدام على اظهار السرقة نوع حق الله ... [illegible] ... فيعين الشهادة على المال دون السرقة **قوله** الشهادة على ... [illegible] ... الشرع داي ما علم فيها من الحكمة ... [illegible]

وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ... [illegible] ... فَإِن لَّمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة ... [illegible] ... الشرائط الاربعة ... دون التمل العدد وغيره ... [illegible] ... على عدالة ولا رضي ... [illegible] ... الشهادة ... [illegible] ... مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ... [illegible] ... وعمر رضي الله عنهما ... ان لا شهادة للنساء في الحدود ... [illegible]

(كتاب الشهادات)

لما ورد في حقهما من قوله عليه السلام اقتدوا بالذين من بعدي ابي بكر وعمر رضي الله عنهما ولان في شهادتهن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال في غير الحدود قال الله تعالى فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ على سياق قوله تعالى فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وانما قال شبهة البدلية لان حقيقتها انما يكون في ما امتنع العمل بالبدل مع امكان الاصل كالآية الثانية وليس شهادتهن كذلك فانها جائزة مع امكان العمل بشهادة الرجلين واذا كان فيها شبهة البدلية لا تقبل في ما يدرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود كحد الشرب والسرقة وحد القذف والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فانه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا ان باب الزنا خرج بما تلونا فبقي الباقي على تناوله **قوله** ولا تقبل فيها شهادة النساء يجوز ان يكون جوابا عما يقال الآية هذه عقبت بقوله فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ وليست شهادتهن فيها مقبولة ووجهه ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ولئن اوجب فعدم قبولها لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن فان قلت ما مسلك الحديث من الآية ههنا التخصيص ام نسخ قلت مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه وهو اما التخصيص ان ثبتت المقارنة او النسخ وقول الزهري مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين بدل على تقييد العدد الاول بالقبول فكان مشهورا تجوز به الزيادة.

قوله وما سوى ذلك من الحقوق وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق مالا كان او غيره كالنكاح [illegible] والوصية [illegible] بدلالته في تعداده غير المال [illegible] الحقوق [illegible] رجلين او رجل وامرأتين [illegible] الشافعي [illegible] مع الرجال الا [illegible] كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل [illegible] واستدل بان الاصل [illegible] عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية [illegible]

فانها لا تصلح للامارة ولهذا اي ولان الاصل عدم القبول لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها مستثناة من ذلك الاصل في الاموال ضرورة احياء
حقوق العباد لكثرة وقوعها ودنو خطرها فلا يلحق بها ما هو اعظم خطرا واقل وجودا كالنكاح
والطلاق والرجعة والاسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو
عن القصاص ولما ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
التي يحصل بها العلم والضبط الذي يبقى به العلم الى وقت الاداء والاداء الذي
يحصل به العلم للقاضي ولهذا اي ولكون القبول اصلا فيها قبل اخبارها في الاخبار
ولقائل ان يقول ما ذكرتم مما يبتني عليه اهلية الشهادة اما ان تكون علة لها او شرطا لا سبيل
الى الاول لان اهليتها بالحرية والاسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والاداء ليست بعلة
لذلك لا جمعا ولا فرادى * والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك على انه لا يلزم
من وجوده وجود المشروط والجواب ان اهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر
من الحرية والاسلام والبلوغ * واما المشاهدة والضبط والاداء فليست بعلة لها وانما هي علة
لاهلية قبولها فانا لو فرضنا وجود اهلية الشهادة بالاسلام والبلوغ والحرية والذكورة ايضا
وفاته احد الامور المذكورة المشاهدة او الضبط او الاداء اذا ادى بغير لفظة الشهادة
لم تقبل شهادته واذا كانت علة استلزم وجودها وجود معلولها وهو القبول وعلى هذا
يقدر في كلام المصنف رح مضاف اي اهلية قبول الشهادة قوله ونقصان الضبط جواب
عن قول الشافعي رحمه الله واختلال الضبط وتوجيهه ان يقال ان ذلك بعد التسليم
[illegible] بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا شبهة البدلية ولا تقبل في ما يندرئ بالشبهات
ونفس في ما يثبت بها وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيره مما يثبت به * اما النكاح
والطلاق فظاهر انه يثبتهما مع الهزل * واما الوكالة والايصاء والاموال فانها يجري فيها كتاب
القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وذلك امارة ثبوتها مع الشبهة فكذلك

(كتاب الشهادات)

تثبت بشهادة النساء مع الرجال * ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ولا عن قوله لقصور الولاية والجواب عن الاول ان لا نقصان في عقلهن في ما هو مناط التكليف * وبيان ذلك ان للنفس الانسانية اربع مراتب * الاولى استعداد العقل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع افراد الانسان في مبدأ فطرتهم * والثانية ان تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ لاكتساب النظريات بالفكرة وتسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف * والثالثة ان تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار الى اكتساب ويسمى العقل [illegible] والرابعة هو ان يستحضرها ويلتفت اليها مشاهدة [illegible] الانسان [illegible] في ما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيهن نقصان [illegible] في تحصيل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبيه [illegible] في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الاركان وليس كذلك * وقوله عليه السلام ناقصات عقل المراد به العقل بالفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة وبهذا ظهر الجواب عن الثاني ايضا فتامل **قوله** وعدم قبول الاربع جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الاربع ووجهه ان القياس يقتضي قبول ذلك [illegible] ترك ذلك كيلا يكثر خروجهن **قوله** وتقبل في الولادة والبكارة [illegible] قبول شهادة امرأة واحدة في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال [illegible] [illegible] المعروف [illegible] الصحابة [illegible] رجل وامرأتين فيها لقوله عليه السلام شهادة النساء [illegible] ووجه الاستدلال ان الالف واللام اذا دخل على الجمع [illegible] الجنس يتناول الواحدة فما فوقها [illegible] [illegible] على ان كل امرأتين [illegible] رجل [illegible]

قوله [illegible] ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق [illegible]

لان نظر الجنس الى الجنس اخف وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل نوع مناقضة لانه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة والجواب ان يقال خفة النظر توجب عدم وجوب اعتبار العدد ومعنى الالزام يقتضي وجوبه فعملنا بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ثم حكمها اي حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة شرحناه في الطلاق يعني في باب ثبوت النسب حيث قال واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة * وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق * وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح يعني تثبت الولادة بقول امرأة وعندهما يشترط شهادة القابلة واما حكم البكارة فانها سواء كانت مهيرة او مبيعة لا بد من نظر النساء اليها للحاجة الى فصل الخصومة بينهما فاذا نظرن اليها وشهدن فاما ان تتأيد شهادتهن بمؤيد اولا فان كان الاول كانت شهادتهن حجة وان كان الثاني لا بد ان ينضم اليها ما يؤيدها فعلى هذا اذا شهدن بانها بكر فان كانت مهيرة يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لان شهادتهن تأيدت بالاصل وهو البكارة * وان كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولمقتضى البيع وهو اللزوم فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر فان حلف لزم المشتري وان نكل ترد عليه فان قيل شهادة النساء حجة في ما لا يطلع عليه الرجال فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث اجاب بان العيب يثبت بقولهن يعني في حق سماع الدعوى والتحليف فان المشتري اذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من اثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية

(كتاب الشهادات)

التحليف والا لكان القول للبائع لتمسكه بالاصل فاذا قلن انها ثيب ثبت العيب في الحال وعدل بالحديث ثم يحلف البائع على انه لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده واما شهادتهن على استهلال الصبي ففي حق الارث عند ابيحنيفه رح غيره مقبولة لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلوة مقبولة لانها من امور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتها على هلال رمضان وعندهما في حق الارث ايضا مقبولة لانه صوت عند الولادة والرجال لا تحضرها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة فالجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الام وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة لا بد في المال وغيره مع ماذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنات الرجل اكثر من سيئاته وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر ولفظ الشهادة حتى لو قال الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته في تلك الحادثة في ذلك الوقت واما اشتراط العدالة فلقوله تعالى مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ولان الشهادة حجة باعتبار الصدق والعدالة هي المعينة للصدق فهي علة الحجية وما سواها معدات ولان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطاه ايضا وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها اي ذاقدر وشرف في الناس ذامروءة اي انسانية والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجيها ذامروءة كان اولا اصح لان قبولها اكرام الفاسق ونحن امرنا بخلاف ذلك قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر والمعلن بالفسق لا مروءة له لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا واما

(كتاب الشهادات)

واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة قال الله تعالى
وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ ولان في لفظة الشهادة زيادة توكيد لدلالتها على المشاهدة
ولان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وهو المقصود
بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فانه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو اصرح فيه به وقوله في ذلك
يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك اي في جميع ما تقدم حتى تشترط
العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما تقدم
ان فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والاسلام
وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة * فاذا
اقام المدعي الشهود فلا يخلو اما ان يطعن الخصم اولا فان كان الثاني قال ابو حنيفة رح
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم
لقوله صلى الله عليه وعلى آله واصحابه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو
محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وههنا يثبت المدعي
استحقاق المدعى به باقامة البينة فالجواب ما اشار اليه بقوله اذ لا وصول الى القطع
وبيانه انه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل ايضا
عمل بالظاهر لما ان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا ويدور
او يتسلسل ويجوز ان يقال الظاهر ههنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق وبيان ذلك ان دعوى
المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك وبظاهر العدالة
اندفع معارضة الذمة فكان دافعا **قوله** الا في الحدود والقصاص استثناء من قوله ولا يسأل
حتى يطعن الخصم الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها

فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فيسأل عنها عسى يطلع على مايسقط به
ذلك وان كان الاول يسأل عنهم بالاتفاق لان ظاهر حال المسلم فى الشهود معارض
بحال الخصم اذا طعن فيهم فان الظاهران المسلم لايكذب بالطعن على مسلم لاجل
حطام الدنيا فيحتاج القاضي ح الى الترجيح وقال ابويوسف ومحمد رح لابد ان يسأل
عنهم فى السر والعلانية في جميع الحقوق لان مبنى القضاء على الحجة وهي شهادة
العدول فلا بد من التعرف عن العدالة وفى السوال صون القضاء عن البطلان على
تقديرظهور الشهود عبيدا او كفارا وقيل هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان لان اباحنيفة رح
اجاب في زمانه فكان الغالب منهم عدولا وهما اجاباه في زمانهما وقد تغير الناس وكثر
الفساد ولوشاهد ذلك ابوحنيفة رح لقال بقولهما ولهذا قال والفتوى على قولهما في هذا
الزمان **قوله** ثم التزكية فى السر اعلم ان التزكية على نوعين * تزكية فى السر وتزكية
فى العلانية * فالاولى ان يبعث الحاكم المستورة وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها
سرا بيد امينه الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام الى المعدل مكتوبا فيها
النسب والحلي بكسر الحاء وضمها جمع حلية الانسان صفته ومايرى منه من لون
وغيره والمصلى اي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل وينبغي ان يبعث الى كل من كان
عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف العدل
من غيره ولا يكون طمّاعا ولا فقيرا يتوهم خداعه بالمال فقيها يعرف اسباب الجرح
والتعديل من جيرانه واهل سوقه فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب
القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الهتك
اويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف انه لولم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته
فح يصرح بذلك ومن لم يعرفه بعدالة او فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردها المعدل
الى الحاكم وينبغي ان يكون كل ذلك سرا كيلا يظهر فيخدع او يقصد الخداع والنايبة

والثانية ان يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير الى الشاهد
لينتفي شبهة تعديل غيره فان الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة وقد كانت التزكية بالعلانية
وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لان القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح
لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لان العلانية بلاء وفتنة لمقابلتهم
الجارح بالاذى ويروى عن محمد رح انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد للمعدل
ان يقول هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار قال المصنف رح وهذا اصح لان في زماننا كل من نشأ في دار الاسلام كان الظاهر
من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن اسلامه وحريته وانما يسأل عن عدالته
قال ابو حنيفة رح على طريقة قوله في المزارعة من التخريج وعلى قول من يقول بالسوال
اذا سأل لم تقبل قول المدعى عليه هم عدول الا انهم اخطأوا اونسوا ويقبل اذا قال صدقوا
اوهم عدول صدقة لانه اعترف بالحق وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه تجوز تزكيته لكن
عند محمد رح يضم تزكية الآخر الى تزكيته لان العدد شرط عنده هذا اذا كان عدلا يصلح
مزكيا فان كان فاسقا اومستورا وسكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه
قال هم عدول لا يصح هذا التعديل لان العدالة شرط في المزكي عند الكل ووجه ظاهر الرواية
ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق ولقائل ان يقول تعديل الخصم اقرار منه بثبوت الحق عليه فكان
مقبولا لان العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق والجواب ان المصنف رح قال موضوع المسئلة
اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا اونسوا ومثله ليس باقرار بالحق وفيه نظر لان هذا الكلام
مشتمل على الاقرار وغيره فيصدق في الاقرار على نفسه ويرد في الغير للتهمة والجواب انه
لا اقرار فيه بالنسبة الى ما عليه لانه نسبهم في ذلك الى الخطاء والنسيان فانى يكون اقرارا
قوله واذا كان رسول القاضي واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود بلفظ المبني

للمفعول ... الاثنان افضل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا ... الثاني ذكر في شروح الجامع الصغير ان المراد بالرسول ههنا هو المزكي ولا شك في ذلك اذا كان الفعل مبنيا للمفعول وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي والمترجم عن الشاهد لمحمد رح ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء يبتني على ظهور العدالة والعدالة بالتزكية فولاية القضاء يبتني على ظهور التزكية واذا كانت في معناها يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما يشترط العدالة وتشترط الذكورة فيه في الحدود والاربعة في تزكية شهود الزنا ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لايشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء فلا يشترط فيه ما يشترط فيها* سلمنا ذلك لكن اشتراط العدد في الشهادة امر حكمي ثبت بالنص على خلاف القياس لان القياس لايقتضي ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لان انقطاعه انما يكون بالتواتر ورجحان الصدق انما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الاخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداه الى التزكية فان قيل فيلحق بها بالدلالة وموافقة القياس ليست بشرط فيها فالجواب انه الحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الالحاق والتعدية جميعا **قوله** ولا يشترط اهلية الشهادة في تزكية السر لا تشترط في المزكي فيها اهلية الشهادة فصلح العبد مزكيا لمولاه وغيره والوالد لولده وعكسه فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذلك العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف وفيه بحث لان اشتراط العدد في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في السر هو المزكي في العلانية والجواب ان الخصاف شرط ان يكون المزكي في السر غير المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احدهما دون الآخر ... بقوله على ما قاله الخصاف قال في الخلاصة شرط الخصاف ان يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر اما عندنا فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية فصل

* فصـــــل *

ش فرع من د ر مرتب الشهادة شرع في بيان انواع ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين
احدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير ان يحتاج الى الاشهاد مثل البيع والاقرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والاقرار وحكم
الحاكم او رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له ان يشهد به وان لم يشهد
عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه وكل من علم ذلك جاز له
الاداء لوجود ما هو الركن في جواز الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قيل جعل العلم بالموجب
ركنا في الاداء مخالف للنصين جميعا فانهما يدلان على شرطيته لا على ركنيته اذ الاحوال
شروط واذا موضوعة للشرط واجيب بانه مجاز عن الشرط وانما عبر عنه بذلك اشارة
الى شدة احتياج الاداء اليه **قوله** ويقول اشهد انه باع اي اذا سمع المبايعة ولم يشهد
عليها واحتيج الى الشهادة يقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع
الاقرار من وراء حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر لا يجوز له ان يشهد ولو فسر
للقاضي بان قال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبل لان النغمة وهو الكلام الخفي
تشبه النغمة والمشتبه لا يفيد العلم فانتفى المطلق للاداء وقوله الا اذا كان استثناء من قوله
لا يجوز له ان يشهد الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب
وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اذا كان ذا بيا دلالة
بنت فلان فانه جاز له ان يشهد ح وكذا اذا رأى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب
وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لانه حصل العلم في هذه الصورة **قوله**
ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم بنفسه مثل
الشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء

لم يجزله ان يشهد على شهادته لان الشهادة اي شهادة الاصول موجبة بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة والتحميل * والاول اشارة الى مذهب محمد رح فانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل * والثاني اشارة الى مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل قال الامام فخر الاسلام اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله فان الحكم يضاف الى الفروع لكن تحملهم انما يصح بعيان ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القاضي ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القاضي ليصير حجة فتبين ان التحمل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفيه مطالبة لانا سلمنا ان النقل لابد منه لكن توقفه على التحميل يحتاج الى بيان فلو سلكنا فيه ان نقول الشهادة على الشهادة تحميل لانا لا نعني بها الا ذلك ولا تحميل فيما لا يشهد تم البيان وعلى هذا اذا سمع الشاهد يشهد الشاهد على شهادته لم يسع له ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره **قوله** ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه الشاهد اذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه الخط والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله بناء على انه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ من وقت السماع الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة وقيل هذا اي عدم حل الشهادة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده فاثبتها في قمطره اي خريطته وجاء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظ الحاكم او تضمنه اي وجد حكمه مكتوبا في خريطته كذلك فان ابا حنيفة رح لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوزاه لان القاضي لكثرة اشتغاله [illegible] لا يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب اذا حازه [illegible] الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في قمطره فهو تحت ختمه فالظاهر [illegible] اليد مغيرة والقاضي [illegible] وربا تباع الظاهر ولا كذلك الشهادة في صك

في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا تذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة
او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه قيل لا يحل له ذلك بالاتفاق وقيل لا يحل
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما **قوله** ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه قد تقدم
ان العلم شرط اداء الشهادة فلا يجوز ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح
والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
وهو استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة بالاشتقاق الكبير
وقد تقدم معناه في اول الكتاب وذلك بالعلم اي بالمشاهدة فكانه من باب الغلب لان العلم
يكون بالمشاهدة ويجوز ان يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من اسباب العلم ولم يحصل
فصار كالبيع فانه لا يجوز للشاهد ان يشهد به بالسماع بل لابد من المشاهدة ووجه الاستحسان
ان هذه الامور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام
لانها امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الاهم وقد يتعلق بها احكام
تبقى على انقضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي
وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في الدخول فلو لم تقبل فيها الشهادة
بالتسامع ادى الى ذلك وهو باطل بخلاف البيع لانه مما يسمعه كل احد فان قيل
هذا الاستحسان مخالف للكتاب فان العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن بصدده بسبب
بقوله وانما يجوز للشاهد يعني لا نسلم ان لا علم فيما نحن فيه فانه انما يجوز للشاهد ان يشهد
بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب وبين ان العدد فيمن
يثق به شرط وهو ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وهذا
على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فلا يجوز انها حد
مالم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر وانما يثبت الشهرة عندهما
بخبر عدلين بشرط ان يكون الاخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا لانها توجب زيادة

علم شرعا لا يوجبها لفظة الخبر وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة فرقوا جميعا
بين الموت والاشياء الثلثة اي النكاح والولادة وتقليد الامام القضاء لان الغالب فيها
ان يكون بين الجماعة اما النكاح فانه لا ينعقد الا بشهادة اثنين والولادة فانها تكون
بين الجماعة في الغالب وكذا تقليد الامام القضاء واما الموت فانه قلما يشاهده
غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج بخلاف
النسب والنكاح **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بيان لكيفية الاداء وينبغي ان يطلق
ذلك فيقول في النسب اشهد ان فلان بن فلان كما نشهد ان ابا بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما
ابن ابي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئا من ذلك فاما اذا فسر للقاضي انه يشهد
بالتسامع لم يقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة فاذا فسر بانه
انما يشهد لانه رآه في يده لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء يدخل
عليه الخصوم حل له ان يشهد بكونه قاضيا وان لم يعاين تقليد الامام اياه واذا رأى
رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج جاز له
ان يشهد بانها امرأته فان سأله القاضي هل كنت حاضرا فقال لا تقبل شهادته لانه يحل له
ان يشهد بالتسامع كما نشهد بامهات المؤمنين ازواج النبي صلى الله عليه وسلم فعلى
الرؤية اولى * وقيل لا تقبل لانه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي انه يشهد به بالتسامع
ولو قال اشهد لاني سمعت لا تقبل فكذا هذا ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على
جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله لانه لا يدفن الا الميت ولا يصلى الا عليه
ولو قالا نشهد ان فلانا مات اخبرنا بذلك من يثق به جازت شهادتهما هو الاصح *
واما الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع فقد ذكر الخصاف انه يجوز لانه امر يتعلق
به احكام مشهورة كما ذكرنا ففي عدم قبولها حرج وتعطيل **قوله** ثم نصر الا . . .
في الكتاب . . . ان . . . الشهادة بالتسامع هل هي مقصورة في ما ذكر في الكتاب اولا . . .

ففي ظاهر الرواية انه مقصورة وعن ابي يوسف رح آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب
قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب والشهادة على النسب بالتسامع جائزة كما مر
فكذا على الولاء الا يرى انا نشهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه وعكرمة مولى
ابن عباس رضي الله عنه وان لم ندرك ذلك وعن محمد رح انها تقبل في الوقف لانه تبقى
على مر الاعصار والجواب عن قول ابي يوسف رح ان الولاء يبتني على ازالة ملك
اليمين ولا بد فيه من المعاينة لانه يحصل بكلام يسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه
الى اقامة التسامع مقام البينة قال شمس الائمة السرخسي رح الشهادة على العتق بالتسامع
لا تقبل بالاجماع واما الوقف فذهب بعض المشائخ الى انها لا تحل فيه بالتسامع مطلقا
ويدل عليه عبارة الكتاب وقال بعضهم تقبل في اصله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر ولا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على
هذا المسجد او المقبرة او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل كذا في الذخيرة
قوله ومن كان في يده شيء رجل رآى عيانا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والاول يدعي
الملك وسعه ان يشهد بانه للمدعي لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي
مرجع الدلالة في الاسباب كلها فان الانسان وان عاين السبب غيره من الاسباب
لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع وملك البائع لا يعلم الا باليد واليد بما تستدل به
كاف في الدلالة لئلا يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح لاحتياج الناس اليها فان لم يجز
بحكم اليد انسد بابها وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له لان الاصل
في الشهادة العلم بالنص وعند اعوازه ذلك يصار الى ما يشهد به القلب بالرأي ويحتمل
ان يكون هذا اي ما ذكرتم من شهادة القلب تفسيرا الاطلاق محمد رح في الرواية وهو
قوله وسعك ان تشهد انه له يعني اذا وقع ذلك في القلب فيال لو كان ذلك كافيا في الشهادة
لقبلها القاضي اذا قيدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك واجيب بانا

جعلنا العيان مجوّزا للشاهد ان يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا * واما ان يلزم القاضي العمل به فلم يستلزم ولهذا قلنا ان الرجل اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملّاك بيعت دار بجنبها واراد ذو اليد ان يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له عند انكار المشتري ان تكون الدار ملك الشفيع لان العيان ليس سببا للوجوب وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشائخنا وهو الخصاف لان اليد متنوعة الى امانة وملك فلا يفيد العلم فلابد من ضم التصرف اليها * والجواب ان التصرف كذلك وضم محتمل الى محتمل لا يزيد الا احتمالا فينتفي العلم * ثم هذه المسئلة على وجوه اربعة بالقسمة العقلية لانه اما ان عاين الملك والمالك او لم يعاينهما او عاين الملك دون المالك او بالعكس من ذلك فان كان الاول بان عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه انه له حل له ان يشهد لانه شهادة عن علم وان كان الثاني وسمع من الناس ان لفلان بن فلان ضيعة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لانه مجازف في الشهادة وان كان الثالث وهو ان عاين الملك بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس ان لا تحل له الشهادة لانها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود به وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له * وفي الاستحسان يحل لان الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم * الا يرى ان صاحب الملك اذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك وعورض بانه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال وهي باطلة واجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست بالتسامع بل بالعيان والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا او هو مجهول ... الاحتمال ... وان كان الرابع وهو كالثاني لجهالة المشهود به قوله واما العبد والامة مردود الى قوله

(كتاب الشهادات ـــ * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

قوله سوى العبد والامة * وتقريره ان الرجل اذا رأى عبدا او امة في يد شخص فلا يخلو
اما ان يعرف رقهما اولا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك من هما في يده
لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان الثاني فاما ان يكونا صغيرين لا يعبران
عن انفسهما او كبيرين فان كان الاول فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني
وهو ممن يعبر عن نفسه عاقلا غير بالغ كان او بالغا فذلك مصرف الاستثناء في قوله سوى
العبد والامة فان اليد في ذلك لا تدل على الملك لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير
عنهما حكما حتى ان الصبي الذي يعقل ان اقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به
المقر له ما يصنع بالمملوك واعترض بان الاعتبار في الحرية والرق لو كان بتعبيرهما عن انفسهما
لاعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعي رقهما واجيب بانه انما لم يعتبر
ذلك لثبوت الرق عليهما للمولى في الصغر وانما المعتبر بذلك اذا لم يثبت لاحد عليهما رق
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه قال يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب [illegible]
عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله [illegible] الملك في [illegible] * الايضاح ان من
ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي [illegible]
لقيام يده كما في الثياب والدواب والفرق [illegible]
بها يد الغير عنهما [illegible]

* باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع [illegible]
ومن لا تسمع * وقدم ذلك على هذا لان محل الشهادة والحال شروط والشروط مقدمة
على المشروط * والاصل في رد الشهادة [illegible] الشهادة [illegible]
الصدق [illegible] الكذب [illegible]
[illegible] الكذب [illegible]

ايضا فكان متهما بالكذب * وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة بينهم بايثار المشهود له على المشهود عليه بالزيادة * وقد تكون لخلل في اداء التمييز كالعمى القاضي الى تهمة الغلط [illegible] * وقد تكون بالعجز [illegible] وفي القذف قال الله تعالى فان لم يأتوا بالشهداء [illegible] ولا تقبل شهادة الاعمى شهادة [illegible] في الحدود [illegible] فليست بمقبولة بالاتفاق [illegible] الثاني [illegible] والاول كان [illegible] الاول [illegible] [illegible] [illegible] عندهما [illegible] حتى لو عمي بعد الاداء قبل القضاء [illegible] في الحدود والقصاص فلانها تدرئ بالشبهات والصوت [illegible] في حق الاعمى يقوم مقام المعاينة والحدود لا تثبت بما يقوم مقام الغير [illegible] فيما لا حاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه والجواب ان من لا تقبل شهادته [illegible] فيه التسامع لا تقبل في ما يجري فيه ذلك كالصبي والمجنون وسيأتي جواب آخر [illegible] قول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل ومن حصل له العلم [illegible] التحمل صح تحمله لا محالة والاداء انما يكون بالقول ولا خلل في القول [illegible] مكان القاضي لصحة التحمل والاداء وجود [illegible] التعريف [illegible] الشهادة على الميت اذا شهدوا على الميت [illegible] عليه [illegible] بالاتفاق اذا ذكروا نسبته * [illegible] باب [illegible] بتحصيل الاداء [illegible] [illegible] والمشهود [illegible] لا عمى [illegible]

وفيه اي في النغمة بتاويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان بالشهود البصراء كثرة وفيه غنية عن شهادة الاعمى * والمراد بالتمييز بالاشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لاجل كتاب القاضي الى القاضي فانها تقبل ولا اشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور بخلاف الاعمى * وفي قوله يمكن التحرز اشارة الى الجواب عن الميت فان الاحتراز عنه بجنس الشهود غير ممكن لان المدعي وان استكثر من الشهود يحتاج الى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه او غيبته والى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النغمة مميزة للاعمى في ما هو اعظم خطرا من الاموال وهو وطيء زوجته وجاريته فانه لا يميزهما عن غيرهما الا بالنغمة وذلك تناقض * وتقرير ذلك ان الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورة بخلاف ما نحن فيه ولا نسلم انتفاء المانع فان انتفاءه بحصول التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وفيه اشارة ايضا الى الجواب عن الميت فصار كالحدود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف * والما وجه ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله المانع القضاء بالعمي الطاريء بعد الاداء فهو ان شرط القضاء قيام اهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمي فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد بعد الاداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته * والامر الكلي في ذلك ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء لان المقصود من ادائها القضاء وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فيمنع القضاء والعمي بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء وعند ابي يوسف رح لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء **قوله** بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا جواب عما يقال لا نسلم ان قيام الاهلية وقت القضاء شرط فان الشاهد اذا مات او غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا اهلية عنده ووجه ذلك ان الاهلية بالموت انتهت والشيء يتقرر بانتهائه وبالغيبة ما بطلت **قوله** ولا المملوك لا تقبل شهادة المملوك لان الشهادة ولاية متعدية وليس له ولاية قاصرة فاولى ان لا تكون له

(كتاب الشهادات ــــ * باب من تقبل شهادته ومن لاتقبل *)

ولاية متعدية ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً اَبَدًا ووجه الاستدلال ان الله تعالى نص على الابد وهو ما لانهاية له والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت ما وان معنى قوله لهم للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ولانه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الاصل فيبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تتمته اعتبارا بالاصل **قوله** بخلاف المحدود في غير القذف جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى وَاُولٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُوْنَ والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف * ووجه ذلك ان رد الشهادة ان كان [illegible] بالتوبة [illegible] كالمحدود في غير القذف واما اذا لم يكن كذلك كالمحدود في [illegible] من تمام الحد [illegible] كما ذكرنا [illegible] الفسق ان الحكم المذكور [illegible] تعالى [illegible] تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى اِلَّا الَّذِيْنَ تَابُوْا استثنى التائب والاستثناء ينصرف الى الجميع فيكون تقديره ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا الا الذين تابوا * والجواب انه منصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون وليس بمعطوف على ما قبله لان ما قبله طلبي وهو اخباري فان قلت يجعله بمعنى الطلبي كما في قوله تعالى وبالوالدين احسانا قلت يأباه ضمير الفصل فانه بعيد [illegible] يؤكد الاخبار [illegible] سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلمة الواحدة وهو خلاف الاصل * سلمناه لكنه كان اذ ذاك جزاء فلا يرتفع بالتوبة كاصل الحد وهو ذا ظاهر * سلمناه لكن كان ابدا مجازا عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود * سلمناه لكن جملة مجاز ليس باولى من جعل [illegible]

[illegible] ولو وجد [illegible]

[illegible] في [illegible]

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

شهادته مطلقا لان للكافر شهادة على مثله ومن له ذلك وحد في القذف كان رد شهادته من تتمة حده وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى فلا يكون الرد من تمامها والعبد اذا حد ثم اعتق لا تقبل شهادته لانه لم تكن له شهادة الا ما كان بعد [illegible] فجعل ردها من تمام حده وقد [illegible] بالفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلام وبين العبد اذا حد في القذف حيث جعل [illegible] في حقه [illegible] حصول [illegible] الشهادة ولم يجعل الزنا قائما الى حصول [illegible] الولاية [illegible] وفرق بينهما بان الزنا لم يقع موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجبا والقذف موجب في حق الاصل فيوجب الوصف [illegible] واعترض على كلام المصنف رح بانه لا [illegible] في تقييد الحد بكونه قبل الاعتاق لانه اذا حد بعد الاعتاق ترد الشهادة ايضا [illegible] الحد وقت قبول الشهادة فاوجب الرد واما اذا قذف الكافر مسلما ثم اسلم ثم حد في حال اسلامه [illegible] شهادته [illegible] الاسلام [illegible] كان [illegible] الحد [illegible] الاسلام [illegible] والجواب ان [illegible] عرض [illegible] بعد [illegible] الاختلاف المحوج الى [illegible] فلا ينافيه **قوله** ولا شهادة الوالد [illegible] الولد لابويه واجداده لقوله عليه السلام [illegible] لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى [illegible] ما فائدة قوله لسيده فان العبد لا شهادة له في حق احد [illegible] على سبيل الاستطراد فانه عليه السلام [illegible] شهادة العبد [illegible] من المواضع على سبيل [illegible] بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع [illegible] الشهادة [illegible] من وجه [illegible] قال المصنف [illegible]

بعض المشائخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل التابع
الخاص هو الذي يأكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع باهل البيت من القنوع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وقيل المراد
بالاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستحق جميعا اي فانه اذا كان كذلك
يستوجب الاجر بمنافعه واداء الشهادة من منافعه فيصير كالمستأجر عليها وهو استحسان
ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه اذ ليس له فيما
شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتراك بسبب اتصال المنافع ولهذا تجوز شهادة الاستاذ له
ووضع الزكوة فيه لكن الاجماع انعقد على قول واحد من العلماء حجة يترك به القياس *
واما شهادة الاجير المشترك فتقبل لان منافعه غير مملوكة وكذا الاجير الذي لم يذكر له ان يوجر
نفسه من غيره في مدة الاجارة قوله ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولا تقبل شهادة
احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي
متميزة اي يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الآخر غير متعدية
اليه ولهذا يقتص من احدهما للآخر ويحبس بدينه وكل من كان كذلك تقبل شهادته
في حق صاحبه كالاخوين واولاد العم وغيرهم لا يقال في قبول شهادة احدهما للآخر نفع
للشاهد لان كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه لان ذلك ليس بقصدي بل حصل
في ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا كرب الدين اذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فانه تقبل
وان كان له فيه نفع لحصوله ضمنا ولنا ما رويناه من حديث عائشة رضي الله عنها
انه عليه السلام قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها
ولا الزوج لامرأته ولان الانتفاع متصل ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت
انها تحل لي لا يحد وهو اي الانتفاع هو المقصود من الاموال فيصير شاهدا لنفسه من وجه
او يصير متهما في شهادته بجر النفع الى نفسه وشهادة المتهم مردودة قوله بخلاف شهادة الغريم

الغريم جواب عما ذكره الشافعي رح ووجهه ان الغريم لا ولاية له على المشهود به
اذ هو مال المديون ولا تصرف له عليه بخلاف الرجل فانه لكونه قواما عليها هو الذي
يتصرف في مالها عادة لا يقال الغريم اذا ظفر بجنس حقه يأخذه لان الظفر امر موهوم وحق
الاخذ بناء عليه ولا كذلك الزوجان قوله ولا شهادة المولى اه دلالة اي شهادة
المولى لعبده المأذون بالاولى لان الشهادة له شهادة لنفسه من وجه او من كل وجه لانه
لا يخلو اما ان يكون على العبد دين او لا فان كان الاول فهي له من وجه لان حاله
موقوف متردد بين ان يصير العبد للغرماء بسبب بيعهم في دينهم وبين ان يبقى
للمولى كما كان بسبب قضاء دينه * وان كان الثاني فهي له من كل وجه لان العبد وما
بيده ملك مولاه ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه لما ذكرنا من كون الحال موقوفا مراعى
لانه ان ادى بدل الكتابة صار اجنبيا وان لم يؤد عاد رقيقا فكانت شهادة لنفسه ولا شهادة
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وذلك باطل واذا
بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة اذ هي شهادة واحدة ولو شهد بما ليس
من شركتهما قبلت لانتفاء التهمة فيه وهذا اذا كانا شريكي عنان اما اذا كانا متفاوضين
فلا تقبل شهادة احدهما لصاحبه الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك
بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه قوله وتقبل شهادة الخ اي تقبل شهادة الاخ لاخيه
وشهادة الرجل لعمه ولسائر الاقارب غير الولاد لانعدام التهمة بتباين الاملاك ومنافعها
ولا تقبل شهادة مخنث وهو في العرف من عرف بالردي من الافعال اي التمكين من اللواطة
فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائحة ولا مغنية
لارتكابهما المحرم طمعا في المال والدليل على الحرمة نهي النبي عليه السلام عن الصوتين
الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه * والمراد بالنائحة التي تنوح في مصيبة
غيرها واتخذت ذلك مكسبا والتغني للهو معصية في جميع الاديان قال في الزيادات

(كتاب الشهادات ـــ * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه ولهذا لم يقيد ههنا بقوله للناس وقيد به في ما ذكر بعد هذا في غناء الرجل ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه والمراد به كل من ادمن على شرب شيء من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع الذبيب والمنصف * وشرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وان كان كبيرة ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا يؤمن بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة لانه مصر على نوع لعب ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطيير حمامه وذلك فسق * فاما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة الا اذا خرجت من البيت فانها تاتي بحمامات غيره فيفرخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلا للحرام وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني فهو مستغن عنه بقوله ولا من يغني للناس فانه اعم من ان يكون مع آلة اللهو اولا * وانما لم يكتف عن ذكره بما ذكر من المغنية لانها كانت على الاطلاق وهذا يقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه في نفسه لازالة وحشته لا بأس به عند عامة المشائخ رحمهم الله وهو اختيار شمس الائمة السرخسي واختاره المصنف رح وقال بانه يجمع الناس عليه لانه ارتكب كبيرة واصل ذلك ما روي عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البراء بن مالك وهو يتغنى وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم * ومن المشائخ من كره جميع ذلك وبه اخذ شيخ الاسلام خواهر زاده وحمل حديث البراء على انه ينشد الاشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك **قوله** ولا من ياتي بابا من الكبائر من اتى بشيء من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته * دل هذا على ان الكبيرة اعم مما فيه حد ونقل وقال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع التي ذكرنا

(كتاب الشهادات — * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

ذكرها رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وقال بعضهم ما كان حراما لعينه فهو كبيرة ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام ولا من يأكل الربوا لانه كبيرة ولا من يلعب بالنرد والشطرنج اذا انضم اليه احد امور ثلثة * القمار * او تفويت الصلوة بالاشتغال به * او اكثار الايمان الكاذبة لان هذه الاشياء من الكبائر والمصنف رح لم يذكر الثالثة لان الغالب فيه الاولان * ولم يفرق بين النرد والشطرنج في شرط احد الامرين وفرق في الذخيرة وجعل اللعب بالنرد مسقطا للعدالة مجردا لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد والملعون لايكون عدلا * ويجوز ان يكون افراد قوله فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من قبول الشهادة اشارة الى ذلك **قوله** لان للاجتهاد فيه مساغا قيل لان مالكا والشافعي رحمهما الله يقولان بحل اللعب بالشطرنج وشرط ان يكون آكل الربوا مشهورا به لان الانسان قل ما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا فلو ردت شهادته اذا ابتلي به لم يبق احد مقبول الشهادة غالبا وهذا بخلاف اكل مال اليتيم فانه يسقط العدالة وان لم يشتهر به لعدم عموم البلوى **قوله** ولا من يفعل الافعال المستحقرة وفي نسخة المحتقرة وفي اخرى المستقبحة وفي الاخرى المستخفة كلها على اسم المفعول سوى المستخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة الى السخف وهو رقة العقل من قولهم ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وصحح صاحب المغرب هذه الاخيرة كالبول والاكل على الطريق اي البول بين الناس لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحيي من مثل ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب فكان متهما ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون رضي الله عنهم منهم ابو حنيفة رح لظهور فسقه وقيد بالاظهار حتى لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح انه قال لا اقبل شهادة من سب اصحاب رسول الله

(كتاب الشهادات ــــ * باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل *)

عليه السلام واقبل شهادة من يتبرأ منهم وفرقوا بان اظهاره سفه لا ياتي به الا الاسقاط السخفة وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك التبري لانه يعتقد دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية منهم والهوى ميلان النفس الى ما تستلذبه من الشهوات وانما سموا به لما بعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج والروافض فان اصول الاهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثنتا عشرة فرقة وقال الشافعي رح لا تقبل شهادتهم لانه اغلظ وجوه الفسق اذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي * ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا فصار كحنفي شرب المثلث او شافعي اكل متروك التسمية عامدا معتقدا اباحته فانه لا يصير به مردود الشهادة والخطابية قيل هم غلاة من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنائس لانه كان يزعم ان عليا رضي الله عنه الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر وقيل قوم منهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان تشهد له بقية شيعته بذلك وقيل لكل من حلف عندهم * فترد شهادتهم * لانهم كافرون ان كانوا كما قيل اولا ولتمكن التهمة في شهادتهم ان كانوا كما قيل ثانيا وثالثا

قوله وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وان اختلفت مللهم كاليهود والنصارى وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم قبلت لقوله عليه السلام لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمين فشهادتهم مقبولة على اهل الملل كلها والجواب انه مخالف لقوله تعالى وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ والمراد به الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تعالى مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ فالعطف قرينة تراعى به تناسب المعاني وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى وَالْكَافِرُونَ هُمُ الظَّالِمُونَ والظالم فاسق فيجب التوقف في خبره لقوله تعالى

تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض رواه جابر بن عبد الله وابو موسى رضي الله عنهما ولان الذمي من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار وكل من هو كذلك فله اهلية الشهادة على نفسه كالمسلمين فان قيل المستأمنون لهم اهلية على جنسهم وخلاف جنسهم دون الذمي فبطل القياس والجواب ان القياس في الذمي كذلك لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا واعترض بان الله تعالى قال مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ والكافر ليس بمرضي والجواب انه ليس بمرضي بالنسبة الى الشهادة علينا او مطلقا والاول مسلم وليست بمقبولة والثاني ممنوع اذ ليس ما يمنع رضانا عن شهادة بعضهم على بعض **قوله** والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع جواب عن قوله لانه فاسق * وتقريره الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين لا من حيث الاعتقاد والثاني ممنوع والاول مسلم لكن نسلم ان الكافر ليس بمرضي بانه فاسق لانه يجتنب محرم دينه واعترض بان الاجتناب عن محظور دينه ليس دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور وهم ارتكبوا الكذب بانكار الآيات مع علمهم بحقيتها قال الله تعالى وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنْفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا واجيب بان المراد بهم الاحبار على عهد رسول الله عليه السلام المتواطئون على كتمان نعته ونبوته والشهادة انما هي ممن بعدهم على ان الحق ما هم عليه فالتكذيب منهم تدين ومطبقون على كون الكذب على احد محظورا اذ هو محظور الاديان كلها و**قوله** بخلاف المرتد جواب عن قوله وصار كالمرتد لانه لا ولاية له لا على نفسه ولا على اولاده وهي ركن الدليل و**قوله** بخلاف الشهادة على المسلم جواب عن قوله ولهذا لم تقبل شهادته على المسلم وعما يقال لو استلزمت الولاية اهلية الشهادة لقبلت شهادة الذمي على المسلم لوجودها كما ذكرتم ووجهه انه ولاية له بالاضافة الى المسلم معدومة وهو كما ترى منع لوجود الملزوم

وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السوال ولانه يتقول عليه جواب آخر وتقريره سلمنا ان علة قبول
شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بتهور المسلم اياه فانه يحمله على التقول عليه
بخلاف ملل الكفر فانها وان اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الاسلام فلا يحملهم
الغيظ على التقول **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي لاتقبل شهادة الحربي على الذمي
قال المصنف رح اراد بالحربي المستأمن وانما قال ذلك لان شهادة الحربي الذي لم يستأمن
على الذمي غير متصورة لانه لايتمكن في مجلس القضاء ومن شرط القضاء الحضور في دار الاسلام
لان [illegible] لا يجوز ان يدخل حربي دار الاسلام بلا استيمان فبحضوره مجلس القضاء [illegible] حتى
[illegible] شهادته لاحد ولا عليه وانما لم تقبل شهادة المستأمن على الذمي لانه
لا ولاية له على الذمي لكونه من اهل دارنا والمستأمن من اهل دار الحرب واختلاف الدارين
حكما يقطع الولاية وقد ذكرنا في شرح رسالتنا في الفرائض وعلى هذا قوله وهو اي الذمي [illegible]
اي اقرب الى الاسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن استظهار
على الاختلاف لتمام الدليل بقوله لانه من اهل دارنا ويجوز ان يكون جزء العلة انقطاع الولاية
فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة الذمي عليه لكونه اعلى حالا واقرب الى الاسلام
فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذمي والمستأمن [illegible] فان قيل اختلاف
الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع الولاية بين الحربيين اذا كانا من دارين [illegible]
ودخلا دارنا مستأمنين فضم ذلك اليه للعلية في بعض الصور دون بعض [illegible]
هو ظاهر فان قلت اما يجوز ان تكون علة لقبول شهادة الذمي على [illegible] من الاحد
لعدم انقطاع الولاية قلت يابى لكن تركيب كلامه لايساعده فتامل * [illegible]
[illegible] شهادة الذمي على المستأمن [illegible] اختلاف الدارين [illegible]
قوله [illegible] المستأمن بعضهم على بعض [illegible] في دار [illegible]
[illegible] كان [illegible]

قوله كالتركي والرومي لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مرّ ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت ووجهه ان يقال الذمي من اهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه لكن تركناه بالنص وهو قوله تعالى وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي ولا كذلك المستأمن لانه ليس من دارنا * وفيه اشارة الى ان اهل الذمة اذا كانوا من دارين مختلفتين قبلت شهادة بعضهم على بعض لانهم من دارنا فهي تجمعهم بخلاف المستأمن **قوله** وان كانت الحسنات اكثر من السيئات واذا كانت الحسنات اكثر من السيئات وذلك بعد ان يكون ممن لا يترك الفرائض ويجتنب الكبائر والاصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب احواله في تعاطي الصغائر فان كان اتيانه بما هو مأذون في الشرع اغلب من الماصه بالصغائر جازت شهادته ولا ينقدح عدالته بالمام الصغائر لئلا يفضي الى تضييع حقوق الناس بسد باب الشهادة المفتوح لاحيائها وتقبل شهادة الاقلف وهو مؤمن لم يختتن لان الختان سنة عند علمائنا وترك السنة لا يخل بالعدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين فانه لا يبقى ح عدلا بل مسلما وابو حنيفة رح لم يقدر له وقتا معينا اذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا اجماع والمتأخرون بعضهم قدروه من سبع سنين الى عشر وبعضهم اليوم السابع من ولادته او بعده لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختتنا اليوم السابع لكنه شاذ وتقبل شهادة الخصي وهو منزوع الخصية لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده وتقبل شهادة ولد الزنا لان فسق الابوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما اولى وقال مالك رح لا تقبل شهادته في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله والكاف زائدة كما في قوله تعالى لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ فيتهم قلنا الكلام في العدل وحبه ذلك بقلبه ليس بقادح لانه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث

به سلمنا لكن لا نسلم ان العدل يختار ذلك اويستحبه وتقبل شهادة الخنثى لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال الله تعالى وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لاحتمال ان تكون امرأة **قوله** وشهادة العمال جائزة قال فخر الاسلام وعامة المشائخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير انه كان يعني اباحنيفة رح يجيز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكوة السوائم لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم **قوله** وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته لعله يريد به اذا كان عونا له على الظلم فانه اذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة وقيل اراد بالعمال الذين يعملون بايديهم ويؤاجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون ايراد هذه المسئلة ردا لقولهم لان كسبهم اطيب الاكساب قال النبي عليه السلام افضل الناس عند الله من يأكل من كسب يده فاني يوجب جرحا **قوله** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان اذا شهد رجلان ان اباهما اوصى الى فلان او شهد الموصى لهما بذلك او شهد غريمان لهما على الميت دين او شهد غريمان للميت عليهما دين او شهد وصيان انه اوصى الى ثالث معهما فذلك خمس مسائل فلا يخلو اما ان يكون الموت معروفا والوصي راضيا ولم يكن * فان كان الثاني لم يجز في القياس ولا في الاستحسان الا في الرابعة فان ظهور الموت ليس بشرط كما سنذكره * وان كان الاول جاز في الاستحسان في الكل وفي القياس لا يجوز لانها شهادة تجر بعود المنفعة اليه بنصب من يقوم باحياء حقه

حقوقه او فراغ ذمته ولا شهادة لمتهم وجه الاستحسان انها ليست بشهادة حقيقة لانها توجب
على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها وهذه ليست كذلك لتمكنه من نصب الوصي اذا
رضي الوصي والموت معروف حفظ الاموال الناس عن الضياع لكن عليه ان يتامل
في صلاحية من ينصبه واهليته وهؤلاء بشهادتهم اكفوه مؤنة التعيين لم يثبتوا بها شيئا
فصار كالقرعة في كونها ليست بحجة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي فان قيل ليس
للقاضي نصب وصي ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له اجاب بان الوصيين
اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما ههنا بثالث معهما اعتراف بعجزهما
عن التصرف بعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت
لانه ليس له ولاية نصب الوصي اذ ذاك فكانت هي الموجبة الا في الغريمين له عليهما
دين فانه تقبل وان لم يعرف الموت لانهما يقران على انفسهما بالمال فيثبت الموت
في حقهما باعترافهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض ديونه بالكوفة فادعى
الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب
فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح
الجرح اما ان يكون مجردا او غيره لانه لا يخلوا ما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم
اولا والثاني هو المفرد لتجرده عما يدخله تحت الحكم والاول هو الثاني ولكن تسميه
مركبا فاذا شهد شهود المدعي على الغريم بشيء واقام الغريم بينة على الجرح المفرد
مثل ان قالوا هم فسقة او زناة او آكلوا ربا فالقاضي لا يسمعها واستدل المصنف رح بوجهين
احدهما قوله لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لتمكن المقضي عليه من رفعه بالتوبة
ودفع الالزام وسماعها انما هو للحكم والالزام وثانيهما قيل وعليه الاعتماد
ان في الجرح المفرد هتك الستر واظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا
بهتك واجب الستر وتعاطي اظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم فان قيل ما بالهم لم يجعلوا

معدلين في العلانية فيسمع منه الجرح المفرد واجيب بان من شرط ذلك في زماننا ان يقولوا لا اعلم من حاله او يعلم القاضي بذلك سرا اذا سأله القاضي تفاديا عن التعاصي واحترازا عن اظهار الفاحشة وليس في ما نحن فيه ذلك * وانما قال ولا يحكم بذلك وان كان عدم السماع يفيده لجواز ان يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه ايضا **قوله** الا انه استثناء من قوله لان الفسق وهو منقطع اي لكن اذا شهد شهود المدعى عليه على المدعي انه اقر ان شهوده فسقة فانها تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ولم يظهر الفاحشة وانما حكوها عن غيرهم وهو المدعي والحاكي لاظهارها ليس كمظهرها وكذا اذا شهدوا ان المدعي استأجر الشهود لم يسمعها لانه جرح مجرد فضم الاستيجار اليه ليس بمخرج له عن ذلك لانه من حقوق العباد فيحتاج الى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه اجنبيا عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة على ان المدعي استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده قبلت لانه خصم في ذلك فكان جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال لما قلنا بخلاف ما اذا قال ذلك ولم يقل دفعته اليهم فانه جرح مجرد غير مسموع **قوله** ولهذا قيل اي ولما قلنا انه لو اقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد او من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد فكان المناسب ان يقول ولذلك وهذا اسهل والمعنى اذا اقام المدعى عليه البينة ان الشاهد عبد او محدود في القذف او شارب خمرا وسارق او قاذف او شريك المدعي قبلت لانه اثبات حق يدخل تحت الحكم من غير اشاعة فاحشة اما قوله انه عبد فلانه يثبت الرق وهو ضعف حكمي اثره في سلب الولاية وهو حق الله وحق العبد ايضا * واما قوله انه محدود في قذف فلانه تعلق به حكم وهو كونه [illegible]

الحصر في شهادته وهو حق الله تعالى وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة فان قيل في هذه الشهادة اظهار الفاحشة كما في ما تقدمت فكيف سمعت فالجواب ان اظهار الفاحشة اذا ادعت اليه ضرورة جاز لقوله عليه السلام اذكروا الفاجر بما فيه وقد تحققت لاقامة الحد لا يقال وقد تحققت في الجرح المجرد ايضا لدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه لانها يندفع بان يقال للقاضي سرًّا ولا يظهره في مجلس الحكم * وعلى هذا في اقامة البينة على ذلك اعتباران * احدهما ان يكون لجرح الشهادة وهو غير مقبول * والثاني لاقامة الحد وهو مقبول ومن علاماته عدم التقادم واما اثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما اذا اقام البينة ان الشاهد ابن المدعي او ابوه **قوله** ومن شهد ولم يبرح ومن شهد ثم قال اوهمت بعض شهادتي قال فخر الاسلام اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة يعني تركت ما يجب عليّ او اتيت بما لا يجوز لي * فاما ان يقول ذلك وهو في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل من التقديرين اما ان يكون عدلا او غيره والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة التلبيس والتغرير من احد الخصمين اولا * فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا اي سواء قاله في المجلس او بعده في موضع الشبهة او غيره * وان كان عدلا قبلت شهادته في غير موضع الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة او ما يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او الاشارة الى احدهما سواء كان في مجلس القضاء او في غيره وتدارك لفظة الشهادة انما يتصور قبل القضاء اذ من شرط القضاء ان يتكلم الشاهد بلفظ اشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط * واما اذا كان في موضع شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف درهم ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اوّلا عند بعض المشائخ لان المشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت وبما نفى او زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس

كالمقرون باصلها واليه مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعد ها قال المصنف [illegible] بمنزلة المهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا وقيل ان تداركه في [illegible] المجلس [illegible] الا انه يوهم [illegible] بالاطماعه [illegible] الاحتياط

قوله ولان المجلس اذا اتحد [illegible] آخره على ذلك [illegible] السرخسي [illegible] كلام واحد [illegible] في الزيادة والنقصان كما ذكرنا وعلى هذا [illegible] في دعوى [illegible] العلط في بعض الحدود وقد ذكر [illegible] في [illegible] او في بعض النسب كان ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر [illegible] ان تداركه قبل البراح عن المجلس قبلت والا فلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل سواء في غير المجلس [illegible] في جميع ذلك لان فرض عدالته ينفي توهم التلبيس والتغرير والظاهر ما ذكرناه اولا [illegible] شبهة التغرير بالمجلس

* باب الاختلاف في الشهادة *

تاخير الاختلاف في الشهادة [illegible] الاتفاق [illegible] انما هو بعارض الجهل [illegible] قبلت [illegible] لم تقبل وقد عرف [illegible] علم ان الدعوى [illegible] في مجلس [illegible] الخلاص عند ثبوته [illegible] الشهادة [illegible] وكمية [illegible] او ادعى على آخر عشرة [illegible] او ادعى عشرة دراهم وشهد بالدين * او ادعى [illegible] * او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد [illegible]

[illegible] البصرة * او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه وشهد بانشقاقه عنده * او ادعى عقارا
بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه * او ادعى انه ملكه وشهدا انه
ملك ولده * او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن الشهادة
موافقة للدعوى * واما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط الا ترى ان المدعي يقول ادعي
على غريمي هذا والشاهد يقول اشهد بذلك واستدل المصنف على ذلك بقوله لان تقدم
الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما
يخالفها اما ان تقدمها فيها شرط لقبولها فلان القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها
ولا نعني بالخصومة الا الدعوى واما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدرها من التكذيب
واما عدمها عند المخالفة فلوجود ذلك لان الشهادة لتصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد
كذبتها فصار وجودها وعدمها سواء وفيه بحث من وجهين * احدهما ان تقدم الدعوى
شرط قبول الشهادة وقد وجدت في [illegible]
وجود المشروط * والثاني انه عند المخالفة [illegible]
حتى [illegible] كلام المدعي والجوب عن [illegible]
شاهدا عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك فاذا وجد [illegible]
[illegible] لانتفاء المانع لان وجود الشرط لا يستلزم وجوده وعن الثاني بان الاصل في [illegible]
[illegible] سيما على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشترط [illegible] المدعي اصحة دعواه
فرجح جانب الشهود عملا بالاصل **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
عند ابي حنيفة رح الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى
والشهادة [illegible] اختلفوا في انها شرط من حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى خاصة
فاما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع
بلا خلاف ولهذا اذا شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل * واما الاختلاف بحيث يدل بعضه

على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نقاه ابو حنيفة رح وجوزاه فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل عنده وقالا تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة على ما سيجيء ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا او تثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة وان ثبت بالتثنية فان الالف لا يعبر به عن الالفين لا حقيقة ولا مجازا والالفين لا يعبر به عن الالف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مباينا لكلام الآخر وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فلا يثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة قيل ذكر في المبسوط اذا ادعى الفين وشهدا بالف قبلت بالاتفاق ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب ابي حنيفة رح عن ذلك واجيب بان اشتراط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين فانه لو ادعى الغصب وشهدا بالاقرار به قبلت ولو شهد احد الشاهدين بالغصب والآخر بالاقرار به لم تقبل ولقائل ان يقول قد تقدم في تلقين الشاهد اذا كان في موضع التهمة بان ادعى الفا وخمسمائة وانكر المدعى عليه خمسمائة وشهد شاهدان بالف فالقاضي يقول يحتمل انه ابرأه عن خمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي انه لا يجوز بالاتفاق * وبين هذه المسئلة وما نقلت من المبسوط ما ترى من التنافي فالحق في الجواب لابي حنيفة رح ان يحمل ما نقل من المبسوط على ما اذا وفق الشهادة بدعوى الابراء والايفاء ولا يلزم ابا حنيفة رح ما اذا قال لها زوجها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة كان ذلك منها جوابا فوقعت واحدة

واحدة ولاما اذا قال لها انت طالق الفافانه يقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن وليس
في مانحن فيه كذلك لان الاكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء **قوله** واذا شهد احدهما
بالف والآخر بالف وخمسمائة ولما تقدم ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول
اذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر قبلت الشهادة
على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف وخمسمائة جملتان عطفت
احديهما على الاخرى والعطف يقرر المعطوف عليه * ونظيره اذا شهد احدهما بطلقة
والآخر بطلقة ونصف اوبمائة وبمائة وخمسين بخلاف ما اذا شهد احدهما بعشرة والآخر
بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصار مثل اثنين كالالف والالفين * هذا اذا كان
المدعي يدعي الاكثر واما اذا ادعى الاقل وقال لم يكن الا الالف فشهادة من شهد
بالاكثر باطلة لتكذيبه المدعي في المشهود به فلم يبق له الا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء
فان قيل لم يكذبه الا في البعض فما بال القاضي لا يقضي عليه بالباقي كما قضى بالباقي
في الاقرار اذا كذب المقر له المقر في بعض ما اقربه اجيب بان تكذيب الشاهد تفسيق
له والشهادة للفاسق بخلاف الاقرار لان عدالة المقر ليست بشرط فتفسيقه لا يبطل الاقرار
قوله وكذا اذا سكت يعني اذا ادعى الاقل وسكت عن قوله لم يكن الا الالف والمسئلة
بحالها لا يقضى له بشيء لان التكذيب ثابت ظاهرا فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق
لان التصريح بذكر التوفيق في ما يحتمله لابد منه في الاصح وعلى هذا لو قال كان اصل
حقي الفا وخمسمائة ولكن استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق *
وعلم مما ذكرنا ان احوال من يدعي اقل المالين اذا اختلفت الشهادة لا تخلو عن ثلثة اوجه
اما ان يكذب الشاهد بالزيادة او يسكت عن التصديق والتوفيق او يوفق وجواب الاولين
بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر **قوله** واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها
خمسمائة اذا ادعى الفا وشهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما

بالالف لاتفاقهما عليه ولا يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر فان قيل
شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لانه اذا قضاه خمسمائة لايكون للمدعي على المدعى عليه
الف بل خمسمائة لاغير واجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق المقاصة وذلك بقبض
العين مكان الدين الذي هو غيره فكان قوله قضاه منها خمسمائة شهادة على المدعي
بقبض ما هو غير ما شهد به اولاً وهو الدين فلم يعد متناقضا وعن ابي يوسف رح انه يقضي
بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة لان القبض بطريق
التمليك لما وجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة فلم يكن
الدين الا خمسمائة فصار كما اذا شهد احدهما بالف والآخر بخمسمائة وفي ذلك يقضي
بالاقل كما في الالف والالفين الا ان محمدا رح خالفه ههنا لان ذلك في ما يكون الشهادة
بالاقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك * وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الالف
وتفرد احدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا محالة وعورض بان المدعي كذب
من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تفسيق له فكيف يقضي بشهادته وجوابه سيأتي
قوله وينبغي للشاهد يعني ان الشاهد بقضاء خمسمائة اذا علم ذلك ينبغي ان لا يشهد
بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم [illegible]
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما [illegible]
فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء [illegible] بين مسئلة
الجامع [illegible] ان في مسئلة الجامع شهد احد الشاهدين بقضاء [illegible]
وفي [illegible] عن [illegible] لا يقبل وهو قول زفر رح لان المدعي
اكذب [illegible] في [illegible] المشهود [illegible] الاول [illegible]
[illegible]
[illegible]

واما اكذاب المدعى عليه فليس بتفسيق لانه لضرورة الدفع عن نفسه **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة قد ذكرنا ان اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول فاذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل ان يقضي القاضي بالاولى لم يقبلهما لان احديهما كاذبة بيقين اذ العرض الواحد اعني القتل لا يمكن ان يكون في مكانين وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا ينقض بما ليست بمثلها **قوله** واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة وقد ذكرنا ان اختلافهما في الكيف يمنع القبول فاذا شهدا على رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع سواء كان اللونان يتشابهان كالحمرة والسواد اولا كالسواد والبياض عند ابي حنيفة رح وهو الاصح وقيل ان كانا متشابهين قبلت والا فلا وان اختلفا في الذكورة والانوثة لم يقطع وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم تتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع دونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمسئلة بحالها فانها لم تقبل بالاتفاق بل هذا اولى لان امر الحد اهم لكونه مما يندرئ بالشبهات وفيه اتلاف نصف الآدمي فصار كالذكورة والانوثة في المغايرة * ولابي حنيفة رح ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد لكون السرقة فيها غالبا واللونان يتشابهان كالحمرة والصفرة او يجتمعان بان يكون بلقاء احد جانبيها اسود يبصره احدهما والآخر ابيض يشاهده الآخر واذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما اذا اختلفا شهود الزنا في بيت واحد وفيه بحث من وجهين * احدهما ان طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات الحد وهو القطع والحد يحتال لدرءه لا لاثباته * والثاني ان التوفيق وان كان ممكنا ليس بمعتبر ما لم يصرح به في ما يثبت بالشبهات فكيف يعتبر امكانه في ما يدرأ بها والجواب عن الاول ان ذلك انما كان احتيالا لاثباته لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله وهو من صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصابا

فيقطع به اولا واما اذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كلون ثياب السارق وامثالها فاعتبار
التوفيق فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه الا يرى انهما لو سكتا عن بيان
لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين انه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله الى مجلس
الحكم بخلاف الذكورة والانوثة فانهما يكلفان النقل بذلك لان القيمة تختلف باختلافهما
فكان اختلافا في صلب الشهادة وعن الثاني بانه جواب القياس لان القياس اعتبار امكان
التوفيق او يقال التصريح بالتوفيق يعتبر في ما كان في صلب الشهادة وامكانه في ما لم يكن فيه هذا
والله اعلم بالصواب **قوله** بخلاف الغصب جواب عن مسئلة الغصب بان التحمل [illegible]
اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه وقوله والذكورة والانوثة جواب عما استشهد به
من الاختلاف بهما بانهما لا تجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج
الى التوفيق **قوله** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف رجل ادعى على آخر انه باعه
هذا العبد بالف او بالف وخمسمائة وانكر البائع ذلك فشهد شاهد بالف وآخر بالف وخمسمائة
فالشهادة باطلة لان المشهود به مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته
وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف وخمسمائة واختلاف المشهود به
يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد بل المقصود هو الحكم به والملك
والسبب وسيلة اليه اجيب بان دعوى السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب
الحكم عليه وا الملك اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب
معين فان الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق
ممكن اذ [illegible] يكون الثمن الالف [illegible] في الثمن [illegible] احدهما دون الآخر [illegible]
بان [illegible]
[illegible]
[illegible]

فلايقال اشترى بالف وخمسمائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن **قوله** ولان المدعي يكذب احد شاهديه دليل آخر على ذلك وكذا اذا كان المدعي هو البائع سواء ادعى البيع بالف او بالف وخمسمائة لافرق بينهما لما بينا ان المقصود هو السبب وكذا اذا كان الدعوى في الكتابة اما اذا كان يدعيها العبد فلاخفاء في كون العقد مقصودا واما اذا كان هو المولى فلان العتق لايثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات العقد وفيه نظر لفظا ومعنىً * اما الاول فلانه قال العتق لايثبت قبل الاداء وذلك مشعر بان مقصود المولى هو العتق والاداء هو السبب وليس كذلك بل مقصوده البدل والسبب هو الكتابة * واما الثاني فلان المولى اذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لاتقبل لتمكنه من الفسخ والجواب عن الاول ان تقديره ان بدل العتق لايثبت قبل الاداء والاداء لايثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة او يقال معناه ان مقصود المولى العتق والعتق لايقع قبل الاداء والاداء لايتحقق بدون الكتابة فكانت هي المقصودة وعن الثاني بان قوله الشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز ان لايختار الفسخ ويخاصم لادنى البدلين وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اما ان المدعي اذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصودا والحاجة ماسة الى اثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه وان كان الدعوى من جانب الزوج بان قال خالعتك على الف وخمسمائة والمرأة تدعي الالف او قال مولى العبد اعتقتك على الف وخمسمائة والعبد يدعي الالف او قال ولي القصاص صالحتك بالف وخمسمائة والقاتل يدعي الالف فهو بمنزلة دعوى الدين في ما ذكرنا من الوجوه المذكورة من انه تقبل على الالف اذا ادعى الفا وخمسمائة بالاتفاق واذا ادعى الفين لاتقبل عنده خلافا لهما وان ادعى اقل المالين يعتبر الوجوه الثلثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن اذا كان المدعي هو الراهن لا تقبل لعدم الدعوى لانه لما لم يكن له ان يسترد

الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة فكانت كان لم تكن وان كان هو المرتهن
فكان بمنزلة الدين يقضي باقل المالين اجماعا قيل عقد الرهن بالف غيره بالف وخمسمائة
فيجب ان لا تقبل البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب
بان الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في
حكم العدم فكان الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما
في سائر الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين وفي الاجارة لا يخلو اما
ان يكون الدعوى في اول المدة او بعد مضيها فان كان الاول لم تقبل الشهادة كما في البيع
لان المقصود اثبات العقد وقد اختلف باختلاف البدل * وان كان الثاني فاما ان يكون المدعي
هو الآجر او المستأجر فان كان الآجر فهو بمنزلة دعوى الدين يقضي باقل المالين اذا
ادعى الاكثر لان المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كمن ادعى
على آخر الفا وخمسمائة وشهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة جازت على الالف وان شهد
احدهما بالالف والآخر بالفين لم تقبل عند ابي حنيفة رح كما تقدم خلافا لهما وان كان
المستأجر قال في النهاية كان ذلك اعترافا منه بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به [illegible]
الى اتفاق الشاهدين واختلافهما وهذا لانه ان اقر بالاكثر لم يبق نزاع وان اقر بالا[illegible]
لا يأخذه منه بينة سوى ذلك * وفي بعض الشروح فان كان الدعوى من المستأجر [illegible]
العقد بالاجماع وهو في معنى الاول لان الدعوى اذا كانت في العقد بطلت الشهادة [illegible]
المستأجر باعترافه **قوله** فاما النكاح فانه يجوز [illegible] استحسانا [illegible] اذا اختلف الشهود في [illegible]
فشهد احدهما بالف والآخر بالالف وخمسمائة قبلت بالف عند ابي حنيفة [illegible]
[illegible] وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح [illegible]
[illegible] رح مع قول [illegible] ان هذا اختلاف في السبب لان [illegible]
هو العقد والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ولابي حنيفة رح [illegible]

المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالعم والاخ والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ثابتا **قوله** والاصل فيه الحل والازدواج دليل آخر وتقريره الاصل في النكاح الحل والازدواج والملك لان شرعيته لذلك ولزوم المهر لصون المحل الخطير عن الابتذال بالتسلط عليه مجانا كما عرف في موضعه ولا اختلاف للشاهدين فيها فيثبت الاصل لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضي بالاقل لاتفاقهما عليه واعترض عليه بان فيه تكذيب احد الشاهدين واجيب بانه في ما ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وفيه نظر فان مراد المعترض ليس بطلان الاصل بل بطلان التبع ومعنى كلامه ان يبطل المال المذكور في الدعوى ويلزم مهر المثل والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى والجواب ان المال اذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم فالتشكيك فيه غير مسموع قال المصنف رح ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما بكلمة او والصواب كلمة الواو لدلالة يستوي وقوله في الصحيح احتراز عما قال بعضهم انه لما كان كالدين وجب ان يكون الدعوى باكثر المالين كما في الدين واليه ذهب شمس الائمة ووجهه ما في الكتاب ان المنظور اليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود اعني الدين وقال ثم قيل الاختلاف في ما اذا كانت المرأة هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فاجماع على انها لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين يعني ما اذا كانت المرأة تدعي وما اذا كان الزوج يدعي وهذا اصح لان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد والمال والمرأة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة

على مقدار المهر هل يوجب خللا في نفس العقد اولا قال ابو حنيفة رح لا يوجب ذلك وقالا يوجبه وقد ذكر المصنف رح دليلهما واليه اشار بقوله والوجه ما ذكرناه

* فصل في الشهادة على الارث *

ذكر احكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الاحكام المتعلقة بالاحياء بحسب مقتضى الواقع واعلم ان العلماء اختلفوا في ان الشهادة بالميراث هل تحتاج الى الجرّ والنقل وهو ان يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثا له فقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا بد منه خلافا لابي يوسف رح هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث يتجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد محتاج الى النقل لئلا يكون استصحاب الحال مثبتا الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه ويبين ما كان بيده من الودائع والغصوب فاذا لم يبين انها ودائع فالظاهر من حاله ان ما في يده ملكه فيجعل اليد عند الموت دليل الملك لا يقال قد يكون اليد يد امانة والضمان فيها لا ينقلب بواسطته يد ملك لان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل بان يموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه حينئذ ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان * وان شهدوا انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق اما عند ابي يوسف رح فلانه لا يحتاج الى الجر في الشهادة واما عندهما فلان قيام اليد عند الموت يغني عن الجر وقد وجدت لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع ومن اقام بينة انها كانت في يد فلان

فلان مات وهي في يده فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الايدي عند الموت فصار كانه اقامها على انها ملكه عند موته *وان اقامها انها كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له لم تقبل عندهما لعدم الجر وما قام مقامه ويقبل عند ابي يوسف رح شهادتهم بملك المورث **قوله** وان قالوا الرجل حي مسئلة اتى بها استطرادا اذ هي ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر انها له واقام بينة انها كانت في يده لم تقبل وعن ابي يوسف رح انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه قبلت فكذا هذا فصار كما لو شهدوا بان المدعى عليه اخذها من المدعي فانها تقبل وترد الدار الى المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت بعد ما كانت وكلما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر وقوله وهي متنوعة دليل آخر اي اليد متنوعة الى يد ملك وامانة وضمان وكلما كان كذلك فهو مجهول والقضاء باعادة المجهول متعذر بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر كالمعاين فان المعاين زواله بعد ما كانت كالمعاين المحسوس عدم زواله **قوله** وان اقر بذلك المدعى عليه يعني اذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعي دفعت اليه لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وكذا اذا شهد شاهدان باقرار المدعى عليه ذلك دفعت اليه لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان

* باب الشهادة على الشهادة *

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الاصول فاستحقت التاخير في الذكر* وجوازها استحسان والقياس لا يقتضيه لان الاداء عبادة بدنية لزمت الاصل لا حقا للمشهود له

لعدم الاجبار والانابة لا تجري في العبادات البدنية الا انهم استحسنوا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج اليها لان الاصل قد يعجز عن ادائها لبعض العوارض فلو لم تجز لادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت اعني الشهادة على الشهادة وان بعدت الا ان فيها شبهة اي لكن فيها شبهة البدلية لان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز عن الاصل وهذه كذلك واعترض بانه لو كان فيها معنى البدلية لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازه بين البدل والمبدل ولكن لو شهد احد الشاهدين وهو اصل وآخران على شهادة شاهد آخر جاز واجيب بان البدلية انما هي في المشهود به لان المشهود به شهادة الفروع وهو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما يثبته المدعي واذا كان كذلك لم تكن شهادة الفروع بدلا عن شهادة الاصول فلم يمتنع اتمام الاصول بالفروع واذا اثبت البدلية فيها لا تقبل في ما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال وقوله اومن حيث ان فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البدلية يعني ان فيها شبهة من حيث ان فيها زيادة احتمال فان في شهادة الاصول تهمة الكذب لعدم العصمة وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع امكان الاحتراز عنه بجنس الشهود بان يزيدوا في عدد الاصول عددا يشهادتهم حتى ان يعدوا .... من قام بها الباقون ولا تسمع في الحدود والقصاص **قوله** وتجوز شهادة شاهدين اي تجوز ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وقال الشافعي رح لا تجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان غير الذين شهدا على شهادة الآخر حتى لا يقع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما وله قول على رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ... باطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بان يكون لكل اصل فرعان الا ... المشهود .... علي قوله ولنا قول علي رضي الله عنه معنى ويعضده ان نقل شهادة .. الاصل ...

بحق من الحقوق فاذا شهدا بها فقد تم نصاب الشهادة ثم اذا شهدا بشهادة الآخر شهدا
بحق آخر غير الاول * بخلاف شهادة المرأتين فان نصاب الشهادة لم يوجد لانهما بمنزلة
رجل واحد * ولا تقبل شهادة رجل واحد على شهادة واحد خلافا لمالك رح قال الفرع قائم
مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد
بنفسه واعتبر هذا بروايه الاخبار فان روايه الواحد مقبوله * ولنا ما روينا عن علي رضي الله عنه
وهو ظاهر الدلالة على المراد ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة بخلاف
رواية الاخبار **قوله** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل للفرع من بيان وجه مشروعيتها
وكمية شهود الفروع شرع في بيان كيفية الاشهاد واداء الفروع فقال وصفة الاشهاد
ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان
اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عن الاصل فلابد من التحميل
والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء ليس بنائب عن الاصل
في شهادته بل في المسهود به ولا بد ان يشهد الاصل عند الفرع كما يشهد الاصل عند القاضي
لينقله مثل ما سمعه * ويجوز ان يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضي والاول ارجح لقوله
لينقله الى مجلس القضاء * وان لم يقل الاصل عند التحميل اشهدني على نفسه جاز لان
من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد **قوله** ويقول شاهد الفرع
بيان كيفية اداء الفروع الشهادة يقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد
ان فلان بن فلان اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على
شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته اعني الفرع وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل
والعبارة المذكورة تفي بذلك كله وهو اوسط العبارات ولها اي لشهادة الفروع عند الاداء
لفظ اطول من هذا وهو ان يقول الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا شهد عندي ان فلان
على فلان كذا من المال واشهدني على شهادته فامرني ان اشهد على شهادته وانا

اشهد على شهادته بذلك الآن فذلك ثمان شينات والمذكور ولا خمس شينات واقصره نه
وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينان ولا يحتاج الى زيادة
شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه ابي جعفر رح وهكذا ذكره محمد رح في السير الكبير
ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد
على شهادتي لانه لا بد من التحميل بلا تفريق اما عند محمد رح فلان القضاء عنده يقع
بشهادة الاصول والفروع حتى اذا رجعوا جميعا اشتركوا في الضمان يعني [illegible]
المشهود عليه بين تصديق الاصول والفروع وذلك انما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل
الا بامره واما عندهما فلانه لم يكن بطريق التوكيل حتى لو اشهد انسانا على نفسه ثم منعه
من الاداء لم يصح منعه وجاز له ان يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة
الاصول الى مجلس الحاكم لتصير الشهادة حجة فانها ليست بحجة بنفسها ما لم تنقل
ولا بد للنقل من التحميل ولقائل ان يقول كلام المصنف رح مضطرب لانه جعل المطلوب
في كلامه التحميل واستدل عليه بقوله لانه لا بد من النقل لتصير حجة وعطف عليه قوله
بالنصب وذلك يقتضي ان يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون الا
بالتحميل * وذكر في الفوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع ان الشهادة لا تكون حجة
الا في مجلس القضاء فلا يحصل العلم للقاضي الا بنقل شهادة الاصول مشكل
لان الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة ان كان الاصل يشهد بحق عند القاضي في مجلسه
فلا بد من طريق آخر وهو ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بتحميل الاصل اياه
ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من حيث انه [illegible]
على الاصل تجب عليه اقامتها ويأثم بكتمانها [illegible]
[illegible] على الدين اذا تبرع انسان بنقل [illegible]
[illegible] فيها مضرة [illegible]

تنفيذ قوله على المشهود عليه وابطال ولايته بدون امره مضرة في حقه فباعتبار هذا يشترط الامر فصار كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز لما فيه من ابطال الولاية عليه * وهذا كلام حسن بسدّ الخلل واما عبارة المشائخ رحمهم الله فهي مشكلة ليس فيها اشعار بالمطلوب وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في اول الشهادات بوجه آخر مفيد **قوله** ولا تقبل شهادة الفروع قد تقدم ان مجوّز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز ما لم يوجد فلا تقبل الا ان يموت الاصول او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا يمنعهم عن الحضور الى مجلس الحاكم لان الحاجة تتحقق بهذه الاشياء لعجز الاصول عن اقامتها وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بُعد المسافه ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة احكام كقصر الصلوة والفطر وامتداد المسح الى ثلثة ايام وعدم وجوب الاضحية وحرمة خروج المرأة بلا محرم او زوج وعن ابي يوسف رحمه الله لو كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد دفعا للحرج واحياءً لحقوق الناس قالوا الاول احسن لان المعتبر شرعا ما يتعلق به كما في سائر الاحكام التي عدت وهذا التقدير ... احسن والثاني ارفق وبه اخذ ابو الليث وكثير من المشائخ وروي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه تقبل وان كانوا في المصر لانهم يغفلون وقلما ... فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز وحاصل ذلك ان الفرعين اذا شهدا على شهادة الاصول فهو على وجوه اربعة اما ان يعرفهما القاضي او لا يعرفهما او عرف الاصول دون الفروع او بالعكس فان عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما وان لم يعرفهما سأل عنهما وان عرف الاصول دون الفروع سأل عن الفروع وان عرف الفروع دون الاصول سأل عن الاصول وان عدل الفروع الاصول ثبتت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لانهم من اهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل

التزكية وقوله غاية الامر رد لقول من يقول من المشائخ لايصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما فاشار الى رده بقوله غاية الامر اي غاية مايرد فيه من امر الشبهة ان يقال ينبغي ان لايصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على مايشهد به لكن العدل لايتهم بمثله كما لايتهم في شهادة نفسه فانه يحتمل ان يقال انما شهد في ما شهد ليصير مقبول القول في مابين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ماشهد به وان لم تكن له شهادة فيه في الواقع كيف يكون ذلك مانعا وانه ليس له في الحقيقة نفع يفوت بترك التعديل لان قوله في نفسه مقبول وان ردت شهادة صاحبه حتى اذا انضم اليه غيره من العدول حكم القاضي بشهادتهما فلا تهمة وان سكتوا عن تعديلهم وقالوا لانخبرك جازت شهادتهم ولكن ينظر القاضي في حال الاصول بان يسأل من المزكي غير الفروع عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لاتقبل شهادة الفروع لانه لاشهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلاتقبل ولابي يوسف رح ان الماخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الاصول لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوا فقد اقاموا بماوجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول بانفسهم فشهدوا واذا قالوا لانعرف ان الاصول عدول اولا قيل ذاك وقولهم لانخبرك سواء فكانه اشار اليه بقوله فاذا لم يعرفوها وقال شمس الائمة الحلوائي رح لايرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا وان انكر شهود الاصل الشهادة وقالوا مالنا في هذه الحادثة شهادة ثم جاء الفروع يشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الاصول وخبر الفروع وهو اي التحميل شرط صحة شهادة الفروع قوله واذا شهد رجلان على شهادة رجلين اذا شهد فرعان على شهادة اصلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا الاصلان انهما يعرفانها فجاء المدعي بامرأة وقال الفرعان لانعلم انها هذه ام

ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة
ونظيره هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري بعدما انكر
ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان على ان المحدود بها
في يد المدعى عليه وكذا اذا قال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود *
وكذلك اذا كتب قاضي بلد الى آخر شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني
على فلان بن فلان كذا فانتض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه
ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو فلان المذكور
في هذا الكتاب ايمكن الاشارة اليه في القضاء لانه اي كتاب القاضي الى القاضي في معنى الشهادة
على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل فلا يلزم ما قيل تمثيل
كتاب القاضي الى القاضي بشهادة الفرع غير مناسب اذ العدد من شانهم دون الكتاب
لان ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد والقال الشهود في هذين البابين يعني باب الشهادة
وباب كتاب القاضي فلانة التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة
يعني التي لا خاصة دونها * قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة
ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ * وقال في غيره ان الفصيلة بعد الفخذ فالشعب بفتح
الشين تجمع القبائل والقبائل تجمع العمائر والعمارة بكسر العين تجمع البطون والبطن
تجمع الافخاذ والفخذ بسكون الخاء تجمع الفصائل وهذا اي عدم الجواز لان التعريف
لا بد منه ولا يتحصل بالنسبة العامة والتميمية عامة بالنسبة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
[illegible] بينهم [illegible] اتحدت اساميهن واسامي آبائهن ويتحصل بالنسبة الى الفخذ
[illegible] التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
[illegible] لا والابي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لان الفخذ

اسم الجد الاعلى فينزل منزلة الجد الادنى في النسبة وهو اب الاب

فصـــــل

قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشهره في السوق شاهد الزور وهو الذي اقر على نفسه انه شهد بالزور او شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزر وتشهيره تعزيره عند ابي حنيفة رح فقوله ولا اعزره يعني لا اضربه وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه بالخاء المعجمة من السخام وهو سواد القدر او بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لكونه مثلة وهو غير مشروع ولا بتبليغ التعزير الى اربعين لان مقصودهما اثبات ما نفاه ابو حنيفة رح من التعزير بالضرب فانه يدل على ان اصل الضرب مشروع في تعزيره وما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة و **قوله** ولان هذه اي شهادة الزور كبيرة ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ وبالسنة وهو ما روى ابو بكرة عن ابيه رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قال الا انبئكم باكبر الكبائر قلنا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت لا يسكت ويتعدى ضررها الى العباد باتلاف اموالهم وليس فيها حد مقدر فيعزر ولابي حنيفة رح ان شريحا كان يشهر ولا يضرب وكان ذلك في زمان عمر وعلي والصحابة متوافرة رضي الله عنهم وما كان يخفى ما عمله عليهم وسكتوا عنه فكان كالمروي عنهما وحل محل الاجماع ولان المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعا من الرجوع فانه اذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع الحقوق فوجب التخفيف من هذا الوجه وذلك بترك الضرب وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين وهو نهي عما ل

قال عليه السلام من بلّغ حدا في غير حد فهو من المعتدين وبدلالة التسخيم هذا تأويل
شمس الائمة واوّله شيخ الاسلام بان المراد بالتسخيم التخجيل بالتفصيح فان الخجل
يسمى مسودا مجازا قال الله تعالى وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وتفسير
التشهير ما نقل عن شريح رضي الله عنه انه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن
سوقيا بعد العصر اجمع ما كانوا اي مجتمعين او الى موضع يكون اكثر جمعا للقوم ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الائمة ان عندهما ايضا يشهر والحبس والتعزير ومقداره مفوض الى ما يراه
القاضي ولم يذكر المصنف رح ان هذا الاختلاف فيمن كان تائبا او مصرا او مجهول
الحال * وقد قيل ان رجع على سبيل التوبة والندم لا يعزر من غير خلاف وان رجع
على سبيل الاصرار يعزر بالضرب من غير خلاف * وان لم يعلم حاله فعلى الاختلاف الذي
قلنا * ثم انه اذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك اولا ان كان فاسقا تقبل لان الحامل له على الزور
فسقه وقد زال بالتوبة ومدة ظهور التوبة عند بعض المشائخ ستة اشهر وعند آخرين سنة
قالوا والصحيح انه مفوض الى رأي القاضي * وان كان مستورا لا تقبل اصلا وكذا ان كان
عدلا على رواية بشر عن ابي يوسف رحمهما الله لان الحامل له على ذلك غير معلوم
فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء * وروى ابو جعفر عنه تقبل قالوا وعليه الفتوى
قوله وفي الجامع الصغير وذكر ان فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بانه الذي
اقر على نفسه بذلك فاما اثبات ذلك بالبينة فليس بصحيح لانه نفي للشهادة والبينات
شرعت للاثبات ولم يذكر الذي شهد بقتل شخص نظهر حيا او بموته فكان حيا لندرته
واما لانه لا صحيص له ان يقول كذبت او ظننت ذلك او سمعت ذلك فشهدت وهما
بمعنى كذبت لاقراره بالشهادة بغير علم فجعل كانه قال ذلك والله اعلم بالصواب *

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

كتاب الرجوع عن الشهادة

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات وتأخيره عن فصل شهادة الزور ظاهر اذ الرجوع عنها يقتضي سبق وجودها وهو مما يعلم به كونها زورا وهو امر مشروع مرغوب فيه ديانة لان فيه خلاصا عن عقاب الكبيرة فاذا رجع الشهود عن شهادتهم بان قالوا في مجلس الحكم رجعنا عما شهدنا به او شهدنا بزور في ما شهدنا فاما ان يكون قبل الحكم بها او بعده فان كان الاول سقطت الشهادة عن اثبات الحق بها على المدعى عليه لان الحق انما يثبت بقضاء القاضي ولا قضاء ههنا لان القاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لان الضمان بالاتلاف ولا اتلاف ههنا لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعى عليه اما على المدعى عليه فظاهر واما على المدعي فلان الشهادة ان كانت حقا في الواقع ورجوعهما باطل [illegible] * وان كان الثاني لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني يناقض الاول والكلام المناقض ساقط العبرة عقلا وشرعا فلا ينتقض به حكم الحاكم كيلا يؤدي الى التسلسل ذلك لانه لو كان معتبرا لجاز ان يرجع عن رجوعه مرة بعد اخرى وليس لبعض على بعض مزية ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ولان الكلام الآخر في الدلالة على الصدق كالاول فكلما كان كذلك تساويا واحتيج الى المرجح وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان فقضاء القاضي وان كان [illegible] كالملجأ [illegible] فكان التسبب منهم تعديا [illegible] الحكم [illegible]

[illegible]

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وهو مختص بمجلس الحكم والرجوع مختص به وهذا الدليل لا يتم الا اذا ثبت ان نسخ الشهادة
مختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار بضمان مال المشهود عليه على
نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم والجواب
ان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم
ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر والاقرار بالضمان مرتب
على ارتفاعها وثبت في ضمنه فكان من توابعه لا يقال البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم
ابتداء ولا بقاء ويجوز ان لا يكون البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه لانا نقول
مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ ولان الرجوع توبة والتوبة
على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان وشهادة الزور جناية في مجلس الحكم
فالتوبة بها تتقيد فاذا ادعى الرجوع في غير مجلس القاضي ولو ادعى المشهود عليه
رجوعهما واقام على ذلك بينة او عجز عنها واراد تحليف الشاهدين لم يقبل القاضي
بينته عليهما ولا يحلفهما لانه ادعى رجوعا باطلا على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع
في غير مجلس الحكم باطلة حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال
قبلت بينته لان السبب صحيح والضمير المستكن في صح يجوز ان يكون للقاضي يعني
حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا الى الآن ويجوز ان يكون للمدعي يعني طالب
من القاضي تضمينه والالف واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه اي ...
اي لان سبب قبول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم ... الضمان
ومعناه لان سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحاكم وليس بصحيح لان الدعوى
حينئذ ليست بمطابقة للدليل فانها قبول البينة لا وجوب الضمان ... بمال
بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه ... علمت من ...

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم الا انه ذكرها لبيان خلاف الشافعي رح ولما يأتي بعدها
من رجوع بعض الشهود دون بعض قال الشافعي رح لاضمان عليهما لانهما سببا الاتلاف
ولا معتبر به عند وجود المباشر وقلنا وجب عليهما الضمان لانهما سببا للاتلاف
على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان اذا لم يمكن اضافته الى المباشر وههنا كذلك
لان المباشر هو القاضي واضافة الضمان اليه متعذرة لانه كالملجأ الى القضاء بشهادتهم
لانه بالتاخير يفسق وليس بملجأ حقيقة لان الملجأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا
والقاضي ليس كذلك ولان في ايجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء وذلك ضرر عام فيتحمل
الضرر الخاص لاجل دفعه واسترداده من المدعي ايضا لان الحكم نفذ لما تقدم باعتبار التسبيب
فان قيل ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك اصله المعهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع
فانه اذا شهد شاهدان على انه قتل عمدا فاقتص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما
عندكم وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص وعند الشافعي رحمه الله يجب
عليهما القصاص جعل المسبب كالمباشر قلنا فعل المباشر الاختياري قطع النسبة او صار
شبهة كما سيجيء والشافعي رح جعله مباشرا بما روي عن علي رضي الله عنه
في شاهدي السرقة اذا رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما والجواب انه كان
على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه ان اليدين لا تقطعان بيد واحدة
وجاز ان يهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رضي الله عنه ولو تقدمت في المتعة
لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق وانما يضمنان يعني ان الضمان انما يجب
على الشاهدين اذا قبض المدعي ما قضي له به دينا كان او عينا وهو اختيار شمس الائمة
لان الضمان بالاتلاف والاتلاف يتحقق بالقبض وفي ذلك لا تفاوت بين العين والدين
ولان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين ومما ذكر انهما اذا
الشهود بدين ثم رجعا فلو ضمنهما قبل الاداء الى المدعي كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة الدين

دين ولا مماثلة بينهما وفرق شيخ الاسلام بين العين والدين فقال ان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع وان لم يقبضها المدعي وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه وذلك لانه ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل* واذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها* ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك فبازالة العين عن ملكهما باخذ الضمان لا تنتفي المماثلة* واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المماثلة كما ذكرنا والجواب ان الملك وان ثبت للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلا يكون له ان يضمن الشاهدين شيئا مالم يخرج المال من يده بقضاء القاضي **قوله** واذا رجع احدهما ضمن النصف المعتبر في باب الرجوع عن الشهادة بقاء من بقي لان وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وظهر اضافة القضاء الى المثنى وعلى هذا اذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه بقي بشهادة من يبقى نصف الحق* قيل لا نسلم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا ابقاء واجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره واذا شهد ثلثة فرجع واحد فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان استحقاق المدعي للمشهود به باق بالحجة التامة واستحقاق المتلف يسقط الضمان في ما اذا اتلف انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلان يمنعه بطريق الاولى لان المنع اسهل من الرفع فان رجع آخر ضمن

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

الراجعان نصف الحق قيل يجب ان لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع الاول كان نصاب الشهادة باقيا فان رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه واجيب بان الضمان على الاول ثابت بطريق التبيين او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا ثم اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف من الابتداء كان بشهادتهما * اولان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان نصف الحق باق بشهادة الرجل وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا مع رجل ويتعين القيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء واذا ثبت نصف الحق بشهادته تضمنه عند الرجوع ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد بالنص قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد وان اكنا كرجل واحد صار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر وانما يتم لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل [illegible] اطلق ولم يقيد بان ذلك في الابتداء [illegible] الاطلاق كما [illegible] النسوة [illegible] دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

لما قلنا ان المعتبر هو بقاء من بقي فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق وان شهد رجلان وامرأة
بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان المرأة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم
فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا **قوله**
وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح وان شهدا على امرأة بالنكاح ثم رجعا
فلا ضمان عليهما سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها او باقل من ذلك لان
المتلف ههنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالاتلاف لان التضمين
يقتضي المماثلة بالنص على ما عرف ولا مماثلة بين العين والمنفعة **قوله** وانما يضمن
ويتقوم جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالتملك كذلك لان الخارج
هو عين الداخل في الملك فمن ضرورة التقوم في احدى الحالتين تقومها في الاخرى
لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ووجه ذلك انها انما تضمن وتتقوم بالتملك ابانة
لخطر المحل لانه محل خطير لحصول النسل به وهذا المعنى ليس بموجود في حالة
الازالة الا يرى انه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الازالة كالشهود والولي
وموضعه اصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله تعالى وتاييده وكذلك
ان شهدا على الزوج بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها الا انه اتلاف بعوض لما ذكرنا ان البضع
متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته
ثم رجعا لا يضمنان **قوله** وهذا لان مبنى الضمان معناه ان الاتلاف بغير عوض مضمون
بالنص والاتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المماثلة بينهما فلا يلحق به بطريق الدلالة
وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وهو يوجب
الضمان **قوله** وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة شهدا بانه باع عبده بالف درهم ثم رجعا
فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لما مر ان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان كان
قيمته الفين ضمنا للبائع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة الالف من قيمته بلا عوض

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ولا فرق بين ان يكون البيع باتًّا او فيه خيار للبائع بان شهدا باقل من القيمة كالصورة المذكورة وبان البائع بالخيار ثلثة ايام فقضى القاضي بذلك ومضت المدة وتقرر البيع ثم رجعا فانهما يضمنان فضل ما بين القيمة والثمن لاتلافهما الزائد بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه يضاف الى السبب السابق وهو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده والبائع لما كان منكرًا الاصل البيع لم يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار اذ العاقل يتحرز عن الانتساب الى الكذب حسب طاقته فلو اوجب البيع في المدة لم يضمنا شيئا لانه ازال ملكه باختياره فلم يتحقق الاتلاف وان شهدا على رجل بانه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط بالارتداد وبمطاوعة ابن الزوج وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه به الا يرى ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لانه اكد ما كان على شرف السقوط بالتخلية ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المعقود عليه وهو البضع الى المرأة كما كان والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لانه جعل العقد كان لم يكن فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المتعة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع * وانما قال في معنى الفسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل المبدل الى ملكها من غير تصرف فيه اشبه الفسخ وان شهدا على رجل انه اعتق عبده فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير بدل وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فكذلك الولاء لانه تابع له قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق واجيب بانه مكذب في ذلك العتق شرعا بقضاء القاضي بالحجة وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فانتفى الضمان واجيب بانه

بانه لا يُصلح عوضا لكونه ليس بمال متقوم ثم لا يختلف الضمان باليسار والاعسار لكونه ضمان
اتلاف وانه لا يختلف بذلك **قوله** واذا شهدا بقصاص ثم رجعا اذا شهدا على رجل
بالقصاص فاقتص منه ثم رجعا ضمنا الدية في مالهما ولا يقتص منهما وقال الشافعي رح
يقتص منهما لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه المكره اي فاشبه المسبب ههنا وهو الشاهد المكرِه
ان كان اسم الفاعل او فاشبه القاضي المكرَه لانه كالملجأ بشهادتهما حتى لو لم ير الوجوب
كفر ان كان اسم مفعول وقيل اشبه الولي المكرَه وهو ليس بشيء لانه ليس بملجأ الى القتل
بل اولى اي التسبيب ههنا اولى من الاكراه لان التسبيب موجب من حيث الافضاء
والافضاء ههنا اكثر لان المكرَه يمنع عن القتل ولا يعان عليه والولي يعان على الاستيفاء
فكان هذا اكثر افضاء ومع ذلك يقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد اولى ولنا ان القتل
مباشرة لم يوجد وهو ظاهر وهو مستغنى عنه ههنا لانه لم يختلف فيه احد وليس له تعلق بما نحن
فيه الا ان يكون ايماء الى ان المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره
وهو تكلف بعيد وكذا تسبيبا لان السبب الى الشيء هو ما يفضي اليه غالبا وما نحن فيه ليس كذلك
لان العفو مندوب اليه قال الله تعالى وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى بخلاف المكرَه فان الاكراه يفضي
الى القتل غالبا لان المكرَه يؤثر حياته ظاهرا * ولقائل ان يقول ظهور ايثار حياته اما ان يكون شرعا
او طبعا فالاول ممنوع لان المسلم مندوب الى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص
والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فانه يؤثر التشفي بالقصاص ظاهرا
ولهذا تنزّل فقال ولان الفعل الاختياري يعني سلمنا ان ثمه تسبيبا ولكن الفعل الاختياري
يقطع نسبة ذلك الفعل الى غيره والفعل ههنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح
فيقطع نسبته الى الشهود * سلمنا انه لا يقطع نسبته الى الشهود لكن لا اقل ان يورث شبهة
يندرئ بها القصاص فان قيل لو اورث شبهة لاندفع الدية ايضا لانه بدل القصاص
اجاب بقوله بخلاف المال لانه يثبت بالشبهات فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

ما يثبت بها * وقد تضمن هذا القول الجواب عن صورة الاكراه فانه لم يتخلل هناك من المباشر فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لان اختياره فاسد واختيار المكره صحيح والفاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فيجعل المكره كالآلة والفعل الموجود منه كالموجود من المكره وموضعه اصول الفقه * وان رجع احدهما فعليه نصف الدية فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لان القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما والاتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحقيقي فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لانه ضمن بفعل باشره لنفسه باختياره وان ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول ابي حنيفة رح خلافا لهما * فالا كانا عاملين للولي فيرجعان عليه * وقال ص ما الاتلاف المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما يضمن بسببه على غيره وتمام ذلك بما فيه وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقيه ابي الليث لا تصنيف علاء الدين العالم **قوله** واذا رجع شهود الفرع اذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق لان الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع الاصول وقالوا لم نشهد شهود الفرع فاما ان يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا او يقولوا اشهدناهم غالطين او رجعنا عن ذلك فان كان الاول فلا ضمان على الاصول بالاجماع لانهم انكروا سبب الاتلاف وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء لان انكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الاصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا * وان كان الثاني فكذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ضمنوا لهما ان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وقد عاين شهادتهم والموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القضاء وهي ليست بحجة حتى تكون سببا للاتلاف وله ان الفرعين قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء والقضاء بحمل شهادة الاصلين لان ما يقع به القضاء صار كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وثم

وفي ذلك يلزمهم الضمان فكذا ههنا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لما مرّ ان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه مخيّر بين تضمين الاصول والفروع عملا بالدليلين وذلك لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا بوحنيفة وابويوسف رحمهما الله وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكره محمد رح والعمل بهما اولى من اهمال احدهما فان قيل فلم لم تجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المتلف اجاب بقوله والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول كانت على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق الا ان يكون الضمان على كل فريق كالمنفرد عن غيره * وتاخير دليل محمد رح في مسئلتين يدل على اختيار المصنف قول محمد رح وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل ولا ضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا اذا شهدوا بالزنا وزكّوا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا او كفارا فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس انهم احرار مسلمون ولا على الشهود لانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم اذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال * وان رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بالشهادة الا بالتزكية وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها * وانه قال

في معنى العلة لان الشهادة ليست بعلة وانما هي سبب اضيف اليه الحكم لتعذر الاضافة الى العلة بخلاف شهود الاحصان فانه شرط محض لان الشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا **قوله** واذا شهد شاهدان باليمين اذا شهدا على رجل انه قال لعبده ان دخلت هذه الدار فانت حر او قال ذلك لامرأته قبل الدخول بها وآخران على دخولهما ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود اليمين خاصة وقوله خاصة رد لقول زفر رح فانه يقول الضمان عليهم لان المال تلف بشهادتهما * وقلنا السبب هو اليمين لا محالة والتلف يضاف الى السبب دون الشرط المحض لان السبب اذا صلح لاضافة الحكم اليه لا يصار الى الشرط كحافر البئر مع الملقي فان الضمان عليه دون الحافر **قوله** الا يرى توضيح الاضافة الى السبب دون الشرط فان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها وان لم يشهد بالدخول ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشائخ فيه ومال شمس الائمة السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط * وفي ما اذا كان اليمين ثابتة باقرار المولى ورجع شهود الشرط فمن بعض المشائخ انهم يضمنون لان العلة لا تصلح لاضافة الحكم اليها ههنا فانها ليست بتعد فيضاف الى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر * قيل وهو غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لان قوله انت حر مباشرة لاتلاف المالية وعند وجود مباشرة الاتلاف يضاف الحكم الى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي اولا * بخلاف مسئلة الحفر فان العلة هناك ثقل الماشي وليس ذلك من مباشرة الاتلاف في شيء فلذلك جعل الاتلاف مضافا الى الشرط **قوله** ومعنى المستند يرد به صورة المسئلة وقد قدمناها في صدر البحث والله اعلم

* كتاب الوكالة *

عقب [illegible] بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه الى ناصر

الى تعاضد وتعاوض والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها * والوكالة بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوض اليه كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم * وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى فَابْعَثُوا اَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هٰذِهٖ اِلَى الْمَدِيْنَةِ ولم يلحقه النكير * وبالسنة وهو ما روي انه وكّل حكيم بن حزام بشرى الاضحية * وبالاجماع فان الامة قد اجتمعت على جوازها من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا * وسببها تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركنها لفظ وكلت واشباهه وروى بشر عن ابي يوسف رح اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع وشرطها ان يملك الموكل التصرف وتلزمه الاحكام كما سنذكره وصفتها انه عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضا صاحبه وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه **قوله** كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز فان مساس الاحتياج فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة فيحتاج الى التوكيل وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بشراء الاضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة بتزويجها اياه عليه السلام واعترض على الضابطة بانها غير مطردة ومنعكسة اما الاول فلان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل والوكيل يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والذمي اذا وكل مسلما في الخمر لم يجز وجاز ان يعقد الذمي بنفسه فيها واما الثاني فلان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رح والجواب عن الاول ان محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر

(كتاب الوكالة)

بالتصرف في ملك الغير باطل ورد بانه تقرير للنقض لا دافع له وبان التوكيل بالشراء جائز وما ذكرتم موجود فيه والجواب انه من باب التخلف لمانع وقيل عدم المانع في الاحكام الكلية غير لازم وان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلها وهو ملك الموكل لان ذاك محل التوكيل بايفاء القرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك لجواز ان يمنع مانع عن التوكيل وان صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترانه منها وعن الثاني بان العكس غير لازم وليس بمقصود واعترض على قوله لان الانسان قد يعجز بانه دليل اخص من المدلول وهو جواز الوكالة فانها جائزة وان لم يكن ثمه عجز اصلا واجيب بان ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الافراد ويجوز ان يقال ذكر الخاص واراد العام وهو الحاجة لان الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وح يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة وكذا بايفائها واستيفائها اما بالخصومة فلما قدمناه من تحقق الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا في الخصومة لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر واما بايفائها واستيفائها فلانه جاز ان يباشر بنفسه فجاز ان يوكل به الا في الحدود والقصاص فان الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لان الحدود تندرئ بالشبهات بالاتفاق فلا يستوفى بمن يقوم مقامه لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة [illegible] مع اجال [illegible] وشبهة العفو [illegible] على القصاص لان الحدود لا يعفى عنها [illegible] القصاص يندرئ بالشبهات [illegible] لان شبهة

شبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل الظاهر هو العفو للندب الشرعي قال الله تعالى وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وفيه خلاف الشافعي رح يقول خالص حق العبد يستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه قلنا سائر حقوقه لا تندرئ بالشبهات بخلاف غيبة الشاهد يعني يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع اذ الاصل هو الصدق لا سيما في العدول وبخلاف ما اذا حضر الموكل لانتفاء هذه الشبهة اي شبهة العفو فانه في حضوره مما لا يخفى فان قيل اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء يعني لقلة هدايته اولان قلبه لا يحتمل ذلك فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا لئلا ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص فانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في جميع الحقوق وابفائها واستيفائها واستثنى ايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بقي الحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق فقال هذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود وقول محمد رح مضطرب وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا اما اذا حضر فلا اختلاف لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره ولابي يوسف رح ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة لا محالة وهذا الباب مما يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضي وانتفاء المانع لا يقال المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة لانها في الشرط لا تصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود بخلاف

الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على الشهادة فانه يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف اذا وكل المطلوب بالقصاص وكيلا بالجواب يدفع ما عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع * الا يرى ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في العفو صحيحة لكن هذا الوكيل لو اقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحسانا والقياس صحته لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما قاله من شبهة عدم الامر به **قوله** قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم قال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بها الا برضاه سواء كان الموكل هو المدعي او المدعى عليه الا بالمرض او السفر وقالا يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رح قال المصنف ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم ومعناه انه اذا وكل من غير رضاه هل يرتد برده او لا عنده يرتد خلافا لهم * فعلى هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم مجازا لقوله ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللازم وارادة الملزوم وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم للزوم عرف ذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز * والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا * فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز والى التوجيه بجعله مجازا * لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لانه وكله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضي اي بقبض الديون وابي حنيفة رح انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير

للغير لا يكون خالصا له * سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا
لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه
يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها تتوقف على
رضا الآخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الامضاء والفسخ
قوله بخلاف المريض بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك ان الجواب
غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد جوابا عن التنزل ان توقع الضرر اللازم
بالمرض والسفر من آفات التاخير والموت اشد من اللازم بتفاوت الجواب فيتحمل
الاسهل * والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنعه عنه مطلقا واما المستطيع بظهر الدابة
او الحمال فان ازداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد قال بعضهم هو على الخلاف
وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح * وارادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقق
الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك الا بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسوال
عن رفقائه كما في فسخ الاجارة ولو كانت الخصم امرأة مخدرة وهي ممن لم تجر
عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال ابوبكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت
لم يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال المصنف رح هذا شيء استحسنه المتاخرون
واما في الاصل فانه لا فرق عند ابي حنيفة رح بين الرجل والمرأة المخدرة وغيرها والبكر
والثيب في عدم جواز الوكالة الا بالعذرين المذكورين وعندهما كذلك في جوازها
وقال ابن ابي ليلى تقبل من البكر دون الثيب والرجل **قوله** ومن شرائط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام قال صاحب النهاية ان هذا القيد
وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رح فمن
شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل
به جاز عنده ومنشأ هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف

(كتاب الوكالة)

الذي وكل به * واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف * وقوله وتلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف وجنس الاحكام والاول احترازعن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم تلزمه الاحكام وعلى هذا يكون في الكلام شرطان والثاني احترازعن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا تلزمه فان قلت اذا جعلتهما شرطا واحدا الزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف وتلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لاسيما مع وجود المانع وهوفوات رأيه **قوله** لان الوكيل دليل على اشتراط ما شرطت به وذلك لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملك محال ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذي وكل فيه والثاني مسلم وينتقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملك باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافه عن الوكيل في ما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا كلام فيه ولا ينافيه ايضا لجواز ثبوت شيء بامرين على البدل والحاصل ان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث تلزمه احكام ما باشره الوكيل باهليته في كل فرد فرد سواء كان الموكل يملكه اولا لعارض عرض في بعض ذلك لان مبناها على التوسع ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن

(كتاب الوكالة)

الغبن الفاحش والغبن اليسير وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ويقصده
بان لا يكون هازلا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة وهذا يشير
الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل لكن ذكر في الكتب
ان ذلك شرط وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة
ان ما زاد على ده نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او ما يدخل
تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه واذا وكل الحر البالغ
او الماذون البالغ مثلهما جاز ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى لان
الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف
والوكيل من اهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم وان وكل الحر البالغ صبيا محجورا عليه
او عبدا محجورا عليه او فعل الماذون ذلك جاز لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل
فظاهر واما من جانب الوكيل فلان الصبي من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد
من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا
في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده ويعلم
من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها حق المولى وقد زال والصبي
اذا بلغ لم تلزمه لان المانع قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت
فبهذا لم تلزمه بعد البلوغ * وانما قيد بقوله محجورا عليه فيهما اشارة الى انهما لو كانا
ماذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فباع
لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشرى بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا
واستحسانا بل يكون على الآمر يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة انما هو ضمان
ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك انما هذا
التزم مالا في ذمته ليستوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون

(كتاب الوكالة)

يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشرى بثمن حال فالقياس
ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري
من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه
والصبي الماذون من اهل ذلك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل
وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد
وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق له خيار الفسخ لانه ما رضي بالعقد الا
على ظن ان الحقوق تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب لم يرض به
قوله والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين العقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين
ضرب يتعلق حقوقه بالوكيل وآخر بالموكل فضابطة الاول كل عقد يضيفه الوكيل
الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل
لان الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه
واعتبر بالرسول والوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد في هذا الضرب حقيقة وحكما
اما حقيقة فلان حكم العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا له اهلية الايجاب
والاستيجاب فكان العقد الواقع منه واقعا منه سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد
الى الموكل بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان
كذلك كان الوكيل اصيلا في الحقوق فتتعلق الحقوق به ولهذا قال القدوري في مختصره
وقال [illegible] فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض
المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان ذلك كله من حقوق العقد **قوله** والملك يثبت
للموكل [illegible] قال الشافعي رح ان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم
يتعلق بالموكل [illegible] ذلك [illegible]
[illegible] الملك للموكل [illegible]

(كتاب الوكالة)

حكمه للوكيل فكان قائما مقامه في ثبوت الملك بالتوكيل السابق وهذا طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا رحمهم الله وقال شمس الايمة رح قول ابي طاهر اصح وقال المصنف رح هو الصحيح فان قيل قول ابي طاهر كقول الشافعي رح فكيف يصح جوابا عن الزام قوله فانه يقول الحكم وهو الملك يثبت للموكل فكذا الحقوق فالجواب انه ليس كذلك لانه يقول بثبوت الملك للخلافة والشافعي رح اصالة * وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المصنف بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويثبت الملك للمولى فكذا يقوم مقامه في الملك بذلك السبب وقوله هو الصحيح احتراز عن طريقة الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل لحقوق ... من جهته ثم ينتقل الى الموكل * وانما كان الاول هو الصحيح لان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك المشتري لكان ذلك واجبا فان يقوم العقد يقتضي ملكا مستقرا قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم حرة على رقبتها فاجاز المولى صارت الامة مهر الحرة ولم يفسد النكاح وان ملكها الزوج لعدم استقرار الملك وملك الوكيل غير مستقر بل ينتقل في ثاني الحال فلا يعتق عليه وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث وقال القاضي ابو زيد الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله ووافق ابا الحسن في حق الحقوق وابا طاهر في حق الحكم قال الصدر الشهيد هذا احسن قال المصنف رح وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى فيما نذكره في باب الوكالة بالبيع

(كتاب الوكالة)

والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قوله وكل عقد يضيفه الى موكله هذه ضابطة الضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المرأة بتسليمها لان الوكيل فيها سفير ومعبر ... عن اضافته الى الموكل فانه ان اضافه الى نفسه كان النكاح ... بمنزلة الرسول فكان العقد صدر منه ومن صدر عنه العقد ترجع اليه الحقوق ... الضرب الاول قال المصنف رح وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ... لان السبب في هذه العقود اسقاط فيتلاشى ومعنى الاسقاط في غير النكاح ظاهر واما في النكاح فلان الاصل في محل النكاح عدم ورود الملك عليهن لكونهن من بنات آدم عليه السلام ... الا ان الشرع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح ضرورة النسل وفي ذلك اسقاط لمالكيتها فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره ولقائل ان يقول ليس الكلام في نقل الحكم بل هو في نقل الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب والجواب انا قد قلنا في الضرب الاول ان الحكم ينتقل الى الموكل او يثبت له خلافة اعتبارا للتوكيل السابق وتبقى الحقوق متعلقة بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا الحكم لا ينفصل عن العبارة لا بالتاخير بشرط الخيار ولا بغيره لكونها للاسقاط فاما ان يبقى الحكم للوكيل او ينتقل العبارة الى الموكل والاول باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا ولله دره على فضله وتنبيهه لطائف الاعتبارات جزاه الله عن الطلبة خيرا قوله والضرب الثاني من اخواته اي ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال والكتابة والصلح عن الانكار فيضيف الى موكله والحقوق ترجع اليه لانه من الاسقاطات واما الصلح الذي هو جار مجرى البيع وهو الصلح عن اقرار فهو من الضرب الاول لانه

(كتاب الوكالة)

لانه مبادلة مال بمال فكان كالبيع تتعلق حقوقه بالوكيل * واذا وكل بان يهب عبده لفلان او يتصدق بما له او يقرضه او يعيره ابتداء او يودع متاعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره به جاز على الموكل باضافته اليه مثل ان يقول وهبه لك موكلي او رهنه وليس للوكيل الرجوع في الهبة ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه قال المصنف رح لان الحكم فيها يعني في الصور المذكورة يثبت بالقبض والقبض يلاقي محلا مملوكا للغير فالحكم يلاقي محلا مملوكا للغير فقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويدفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق في ما يثبت الحكم بالعبارة وحدها في ما لا يقبل الحكم الانفصال عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففي ما احتاج الى القبض اولى لضعفها في العلية وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس نحو الوكيل بالاستعارة او الارتهان او الاستيهاب فان الحكم والحقوق ترجع الى الموكل دون الوكيل اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل وتتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويندفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه وكذا اذا وكل بعقد الشركة والمضاربة كانت الحقوق راجعة الى الموكل للاضافة قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس واعلم اني اعيد لك ههنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله ذكره لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل دموعه * التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا جعل محله في الاستقراض البدل منه في ذمة

الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض فاورد التوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولامحل له سوى المستعار والموهوب اذليس ثمه بدل على المستعير اوالموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما صحاه فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل مقام نفسه في ذلك فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل فى الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خاليا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد وهو لايجوز هذا والله اعلم بالصواب بخلاف الرسالة فيه فانها تصح في الاستقراض وقال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لايصح ولايثبت الملك في ما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان ويستقرض منك فحينئذ يثبت الملك للمستقرض يعني المرسل **قوله** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن اذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق ترجع الى العاقد ولهذا اذا نهاه الوكيل عن ذلك صح وان نهاه الموكل لايصح فاذا كان كذلك لم تجز مطالبة الموكل الا باذنه ومع ذلك لودفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه فلافائدة في الاسترداد ثم في الدفع اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو قبل الموكل بعد ايجاب الوكيل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض **قوله** ولهذا لو [illegible] المشتري على الموكل [illegible] وقعت [illegible] وكان [illegible] [illegible]

لكون الثمن حقه * ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرءاه جميعا بغير عوض وخرج الكلام ان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عندا ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل في الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لو كان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراءه وان الابراء من الوكيل هو كذلك فاذا ابرأ سقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف رح فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا فيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان في المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتاخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز *

* باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل في الشراء *

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قوله** ومن

وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شي بغير عينه لا بد لصحته من تسمية جنسه
وصفته اي نوعه او جنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غير ما اصطلح عليه اهل المنطق
فان الجنس عندهم وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو كالحيوان *
والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا * والصنف
هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي * والمراد ههنا بالجنس ما يشتمل اصنافا
على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف * فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا
اولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لا بد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل
ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير
الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف او الثمن
غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعترض على قوله ليصير
الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل
الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع
لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع
لي ما رأيته فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر
والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والمراد من الوصف
النوع والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء لان يجعل
الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا في ما
اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار
عدم الجهالة اليسيرة حرج فلو اعتبرناه لكان ما فرضناه توسعة ضيقا وحرجا وذلك
خلف باطل * فلا بد من بيان الجهالة اليسيرة وغيرها ليتميز ما يفسد الوكالة عما لا يفسدها * فنقول
اذا بين الموكل به بجنسه ونوعه وصفته فذاك معلوم صحت الوكالة لا محالة وان ترك

جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لاصالة
وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع
او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك
وعلى هذا اذا قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن اولا للجهالة
الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل
والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس به من الاطلس
الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ماهو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش
الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن * واذا قال اشتر لي
عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي
ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة
وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال * وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس
صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والسطة وفائدة ذكر
وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على اجناس مختلفة كما اشرنا اليه قوله ومن دفع
الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما
يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة
كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك
اي اقوى وارجح من الاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة
ودقيقها * قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام

واما في عرف غيرهم فينصرف الى كل طعام قال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام
في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف
التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما
بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على ان ما ذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم
قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني
المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية
انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر ما يدل على ذلك من المبسوط
بقوله فقال في المبسوط بعد ما ذكر ما قلنا * ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان
كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار
في الحنطة * واقول في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم
الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض
ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة
ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد
ذلك **قوله** واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب اذا اشترى الوكيل ما وكل به
وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشترى بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول
جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي
كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية
فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشترى
دعوى كالشفيع وغيره كالمستحق قبل التسليم الى الموكل **قوله** ويجوز التوكيل
بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في مكيل مثلا فعقد
جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ولو

لكون الثمن حقه * ولان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرءاه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل حتى لايرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا فان قيل المقاصة لا تدل على كون الثمن حقا للموكل فانها تقع بدين الوكيل اذا كان له عليه دين وحده اجاب بما ذكرنا ان المقاصة ابراء بعوض وهو معتبر بالابراء بغيره وللوكيل عند ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله ان يبرئ المشتري بغير عوض فكذا بعوض لكنه يضمن للموكل فى الابراء والمقاصة وانما كان له ذلك عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض وهو حق الوكيل فكان بالابراء مسقطا حق نفسه وفيه نظر فانه لوكان كذلك لما جاز الابراء من الموكل ولا تضمين الوكيل والجواب ان الثمن حقه فجاز ابراءه وان الابراء من الوكيل هو ذلك فاذا ابرأ اسقط حق القبض وليس للموكل حق القبض فيلزم من ذلك سقوط الثمن ضرورة وانسد على الموكل باب الاستيفاء فلزم الوكيل الضمان كالراهن يعتق الرهن فانه يضمن للمرتهن الدين لسده باب الاستيفاء من مالية العبد عليه واستحسن ابو يوسف رح فقال الثمن ملك الموكل لا محالة فليس لغيره ان يتصرف فيه الا باذنه والجواب القول بالموجب سلمنا ان الثمن ملك الموكل لكن القبض حق الوكيل لا محالة فاذا اسقطه وليس للموكل قبضه سقط الثمن ضرورة كما ذكرنا آنفا قيل كان الواجب ان لا يجوز من الوكيل بالبيع بيع يوجب مقاصة لان غرض الموكل وصول الثمن اليه واجيب بان فى المقاصة وصولا متقدما ان كانت بدين الموكل ومتاخرا بالضمان ان كانت بدين الوكيل فلا مانع من الجواز *

* باب الوكالة بالبيع والشراء * فصل فى الشراء *

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه ينبئ عن اثبات الملك والبيع عن ازالته والازالة بعد الاثبات **قوله** ومن

وكل رجلا بشراء شيء اذا وكل رجلا بشراء شي بغير عينه لابد لصحته من تسمية جنسه
وصفته اي نوعه اوجنسه ومبلغ ثمنه والمراد بالجنس والنوع ههنا غيرما اصطلح عليه اهل المنطق
فان الجنس عندهم وهو المقول على كثيرين مختلفين بالحقائق في جواب ما هو كالحيوان *
والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا * والصنف
هو النوع المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي * والمراد ههنا بالجنس مايشتمل اصنافا
على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف * فمن وكل رجلا بشراء شيء فاما ان يكون معينا
اولا والاول لا حاجة فيه الى ذكر شيء والثاني لابد فيه من تسمية جنسه ونوعه مثل
ان يقول عبدا هنديا او تسمية جنسه ومبلغ ثمنه مثل ان يقول عبدا بخمسمائة درهم ليصير
الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار فان ذكر الجنس مجردا عن الوصف والثمن
غير مفيد للمعرفة فلا يتمكن الوكيل على الاتيان بما امر به واعترض على قوله ليصير
الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم وهو الشراء والجواب ان الفعل
الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل هو شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع
لم يعلم الفعل المضاف اليه بخلاف القسم الآخر وهو التوكيل العام مثل ان يقول ابتع
لي ما رأيته فانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا ويقع عن الآمر
والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في باب الوكالة استحسانا والمراد من الوصف
النوع والقياس يأباه لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء بان يجعل
الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبائع من الموكل وفي ذلك الجهالة تمنع الصحة فكذا في ما
اعتبر به ووجه الاستحسان ما ذكره ان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار
عدم الجهالة [illegible] حرج تلو اعتبرناه لكان [illegible] حرجا وذلك
خلاف [illegible] * [illegible] الجهالة اليسيرة وغيرها [illegible]
اذا بين الموكل جنسه ونوعه وصفته فذاك معلوم [illegible] الجهالة [illegible]

جميع ذلك وذكر لفظا يدل على اجناس مختلفة فذاك مجهول لم تصح الوكالة به لا محالة
وان بين الجنس بان ذكر لفظا يدل على انواع مختلفة فان ضم الى ذكره بيان النوع
او الثمن جازت والا فلا وان بين النوع ولم يبين الوصف كالجودة وغيرها فكذلك
وعلى هذا اذا قال لآخر اشترلي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة بين الثمن اولا للجهالة
الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل
والبغال والحمير فقد جمع اجناسا كثيرة وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس به من الاطلس
الى الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل على ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدرى مراد الآمر لتفاحش
الجهالة الا اذا وصفها فانها جازت لارتفاع تفاحشها بذكر الوصف والثمن * واذا قال اشترلي
عبدا او جارية لا يصح لان ذلك يشتمل انواعا فان قال عبدا تركيا او حبشيا او مولدا وهو الذي
ولد في الاسلام او قال جارية هندية او رومية او فرسا او بغلا صحت لان بذكر النوع تقل الجهالة
وكذا اذا قال عبدا بخمسمائة او جارية بالف صحت لان بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما عادة فلا يمتنع الامتثال * وتبين من هذا انه اذا ذكر النوع او الثمن بعد ذكر الجنس
صارت الجهالة يسيرة وان لم يذكر الصفة اي الجودة والرداءة والوسط وفائدة ذكر
وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظ على اجناس مختلفة كما [illegible] قوله ومن دفع
الى آخر دراهم وقال اشترلي بها طعاما ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترلي بها طعاما
يقع على الحنطة ودقيقها استحسانا والقياس ان يقع على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة
كما اذا حلف لا يأكل طعاما اذ الطعام اسم لما يطعم ووجه الاستحسان ان العرف املك
اي اقوى وارجح بالاعتبار من القياس والعرف في شراء الطعام ان يقع على الحنطة
ودقيقها * قالوا هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام

واما في عرف غيرهم فينصرف الى كل طعام قال بعض مشائخ ما وراء النهر الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغيرذلك فينصرف التوكيل اليه وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق وهذا بظاهره يدل على ان ماذكره اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الثاني المعبر عنه بلفظ قيل مخالف للاول وهو قول ابي جعفر الهندواني ولكن ذكر في النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول وذكر مايدل على ذلك من المبسوط بقوله فقال في المبسوط بعد ماذكر ماقلنا * ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة * والاولى في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افرادما عينه العرف وقد يعرض مايترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمل به عليه مثل الرجل اتخذ الوليمة ودفع دراهم كثيرة يشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك **قوله** واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب اذا اشترى الوكيل ما وكل به وقبضه ثم اطلع على عيب فاما ان يكون المشتري بيده او دفعه الى الموكل فان كان الاول جاز له ان يرده الى البائع بغير اذن الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها اليه وان كان الثاني لم يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة ولان في الرد ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا اي ولكون الحقوق كلها اليه كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره كله قبل التسليم الى الموكل **قوله** ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم اذا وكل شخص آخر بعقد عقد الصرف او بالسلم في مكيل مثلا فالفعل جاز لانه عقد يملكه الموكل بنفسه فيجوز التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة ومن

ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه في ما امره به فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل لانه اتيان بالمامور به وفيه بحث من وجهين * الاول يجب ان لا يلزم الآمر شيء من ذلك لان العشرة تثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قول ابي حنيفة رح كما اذا قال لرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا تقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه تبعا له * والثاني انه اذا امره ان يشتري ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو حنيفة رح لا يجوز البيع في كل واحد منهما يعني لا يلزم للآمر منهما شيء والمسئلة كالمسئلة حذو القذة بالقذة واجاب عن الاول الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما في ما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع على اجزاء المبيع فلا تتحقق الضمن في الشراء وعن الثاني صاحب النهاية بجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه وح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصة من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن وهذا الا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب المحيط * واما عند من جعله من ذوات القيم فيحتاج الى تعليل آخر ولعل ذاك ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد مفروض التساوي في القدر والقيمة واما المنقسم بصفقة بخلاف الثوب فان في تطرق الخلل في احتمال التساوي كونه ذا صورة ولونا وعرضا ورقة وصفة واحدة كونه حاصلا بصنع محل السهو والنسيان فلا يلزم تحمله من يحمل ما هو اقل

خلاف **قوله** بخلاف ما استشهد به جواب عن تمثيل ابي يوسف رح المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد
بالف وبيعه بالفين بان الزيادة هناك بدل ملك الموكل يكون له * ورد بان الدرهم
ملك الموكل فتكون الزيادة بدل ملكه فلا فرق بينهما والجواب ان الزيادة ثمه بدل منه
لا بدل فكان الفرق ظاهرا * والحاصل ان ذلك قياس المبيع على الثمن وهو فاسد
لوجود الفارق واما ذلك ان الالف [illegible] زائد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم [illegible]
[illegible] الى حاجة اخرى تارة [illegible] ذلك في اللحم [illegible] * [illegible]
[illegible] الوكيل بالاحد [illegible] لان الامر [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
لا [illegible] له ان يشتريه لنفسه [illegible]
ولان فيه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملكه [illegible] بغيبة الموكل على [illegible] فسخ عقد
فلا يصح بدون علم صاحبه [illegible] والموكل غائب وقع عن الموكل
الا اذا [illegible] بما يحصل به المخالفة فاذا سمى الثمن
فاشترى بخلاف [illegible] يسم واشترى بغير النقود او وكل رجلا [illegible] الثاني
[illegible] لانه خالف [illegible] اذا اشترى
بخلاف [illegible] فظاهر وكذا اذا اشترى [illegible] البلاد
[illegible]
قيل ما الفرق [illegible] الوكيل بنكاح امرأة [illegible]
المامور [illegible] الموكل مع الله [illegible]
[illegible] الى الموكل [illegible]
[illegible] ان الانكاح [illegible]
[illegible] الموكل [illegible] كانت المخالفة موجودة فوقع [illegible]

فما عداه موافقة مثل ان اشترى بالمسمى ... الثمن او بالنقود في ماذا لم يسم او اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فينفذ على الموكل لانه اذا حضر رأيه لم يكن ... * قيل ما الفرق بين التوكيل بالبيع والشرى والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل ... ففعل الثاني بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبي ... الوكيل فاجازه جاز ... بالطلاق والعتاق فان الوكيل الثاني اذا طلق ... لا تقع ... رواية في ... والتتمة واجيب بان العمل ... ان التوكيل تفويض الرأي الى الوكيل وتفويض الرأي ... يحتاج فيه الى الرأي ولا حاجة فيهما اذا انفردا عن مال ... جاز للرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول بنقل عبارة المرسل فكان ... مورده ما مور ... عبارة الآمر لا بشيء آخر وتوكيل الآخر ... الوكيل ... في البيع والشراء وغيرهما فان ... فيهما الى الرأي ... ما مور ...

... او يشتري ... وقوله ... الوكيل

... عند العقد والمراد ... وذلك لان هذه المسئلة على وجوه ... اما ان ... الى مال الموكل او الى ... نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول كان للآمر ... لا يحال الوكيل على ما يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ... وان كان الثاني كان للمأمور رحمه الله ... الشراء لصاحب الدراهم * ... عليه ... الوجه الاول والثاني ... الاحتمال ...

الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لامحالة والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه شرعا وان كان الثالث فاما ان نواها للآمر فهو له اولنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره في هذا التوكيل لانه توكيل بشيء بغير عينه وان اختلفا فقال الوكيل نويتُ لنفسي وقال الموكل نويتَ لي حكّم النقد بالاجماع فمن كان نقد الثمن من ماله كان المبيع له لكونه دلالة ظاهرة على ذلك لما مر من حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا على انه لم يحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره [illegible] والفرض عدمه وقال ابو يوسف رح [illegible] لان [illegible] الوجهين ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا فمن اي المالين نقد تعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما به يحتمل انه كان نوى للآمر ونسيه [illegible] يعني تحكيم النقد حمل حاله على الصلاح لانه اذا كان النقد من مال الموكل والشراء له كان غاصبا كما في حالة التكاذب واذا علمت هذه الوجوه ظهر لك ان في النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو لنفسه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا معتبر بالنقد وخلافا في ما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يقع للوكيل او يحكّم النقد وفي الاضافة الى مال الموكل يقع له بالاجماع [illegible] ومطلق لاتفصيل فيه * فكان حمل كلام القدوري [illegible] مال الموكل على الاضافة اولى ولهذا قال المصنف وهو المراد عندي بقي الكلام في ان الاضافة الى اي نقد كانت بمعنى ان لا تفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجب عن ذلك [illegible] الاول ان [illegible] [illegible] [illegible] الوكالات [illegible] [illegible]

[illegible]

بعض مشائخنا فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم تحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكّم
النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلة التوكيل بالاسلام
وهذا القائل فرق بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف رح بان للنقد اثرا
في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس الشراء
كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل **قوله** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف
ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت وانكره الموكل فاما ان يكون التوكيل
بشراء عبد معين او غيره والاول سيجيء والثاني اما ان يكون العبد ميتا عند الاختلاف
او حيا وعلى كل من التقديرين فاما ان يكون الثمن منقودا او غيره فان كان ميتا والثمن
غير منقود فالقول للآمر لان المامور اخبر عما لا يملك استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن
على الآمر فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استينافه لان العبد ميت
وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل
وهو منكر فالقول قوله فقوله لا يملك استينافه معناه استيناف سببه فهو مجاز بالحذف * وقوله
وهو راجع الى ما في عما * وان كان الثمن منقودا فالقول قول المامور لانه امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة فيقبل قوله وان كان حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول
قول المامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لانه يملك استيناف الشراء لكون المحل قابلا فلا يتهم في الاخبار عنه * فان قيل ان وقع الشراء
للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل اجيب بان تملك استيناف الشراء دائر مع التصور
وامكن ان يفسخ الوكيل العقد مع بائعه ثم يشتريه للموكل وعند ابي حنيفة رحمه الله القول
للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه واذا رأى الصفقة خاسرة اراد ان يلزمها الآمر بخلاف
ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك اي للخروج عن عهدة
الامانة ولا ثمن في يده ههنا يعني في ما نحن فيه حتى يكون الوكيل امينا فيقبل قوله

تبعا للخروج عن عهدة الامانة وان كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا اولا بالاجماع اما عندهما فلانه يملك استينافه واما عند ابي حنيفة رح فلانه لا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل على ما مر ان شراء ما وكل به بمثل ذلك الثمن لنفسه عزل لنفسه وهو لا يملكه حال غيبته بخلاف حضوره فانه لو فعل ذلك جاز ووقع المشتري له بخلاف ما اذا كان العبد غير معين فان فيه التهمة المذكورة من جانب ابي حنيفة رح * وان كان العبد هالكا والثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة * وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول قوله **قوله** ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان يعني لاجله فباعه منه فلما طالبه به فلان ابى ان يدفعه اليه بذلك فان لفلان ولاية اخذه لان قوله السابق يعني قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه والاقرار بشيء لا يبطل بالانكار اللاحق فلا ينفعه الانكار اللاحق * فان قيل قوله لفلان ليس بنص في الوكالة بل يحتمل ان يكون للشفاعة كالاجنبي يطلب تسليم الشفعة من الشفيع فقال الشفيع سلمتها لك اي لاجل شفاعتك قلنا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينة وسؤال التسليم من الاجنبي قرينة في الشفعة وليس القرينة موجودة فيما نحن فيه وان قال فلان لم آمره اي ثم قال فلان ان يأخذه لم يكن له ان يأخذه لان الاقرار ارتد بالرد الا ان يسلمه المشتري له اي الا ان يسلم المشتري العبد الا اليه * ويجوز ان يكون معناه الا ان يسلم فلان العبد المشتري لاجله ويدل على تسليمه دفعه الى المشتري * بناء على الروايتين بكسر اللام وفتحها فيكون [illegible] العهدة اي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلم المشتري لاجله ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد

نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لوجود التراضي الذي هو ركن في باب البيع **قوله** ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين فقد لا يتفق الجمع بينهما في الشرى الا في ما لا يتغابن استثناء من قوله جاز اي جاز شراء احدهما الا في ما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة رحمه الله يجوّز البيع بغبن فاحش ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء وكل ما كان كذلك فيقسم بينهما نصفين لوقوع الامر بذلك دلالة فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت او كثيرة فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقيه الالف قبل ان يختصما استحسانا والقياس ان لا يلزم الآمر اذا اشترى احدهما بازيد من خمسمائة وان قلت الزيادة واشترى الباقي بما بقي من الالف قبل الاختصام لثبوت المخالفة ووجه الاستحسان ان شراء الاول قائم فاذا اشترى الباقي بما بقي من الالف حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف والانقسام بالتسويه كان ثابتا بطريق الدلالة فاذا جاء الصريح وامكن العمل به بطل الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد بالمتعارف وهو في ما يتغابن فيه الناس لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشتري به الباقي لتحصيل غرض الآمر **قوله** ومن له على اخر الف ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها عبدا معينا صح على الآمر ولزمه قبضه او مات قبله

عند المامور لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع جاز كما سنذكره فكذا
اذا عين المبيع بالاتفاق وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فان قبضه الآمر
فهو له كذلك وان مات في يد الوكيل قبل ان يقبضه الآمر مات من مال الوكيل
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا الخلاف اذا امره
من عليه الدين ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد
الصرف صح بالاتفاق والا فعلى الاختلاف وانما خصهما بالذكر لرفع ما عسى يتوهم
ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعين
في المعاوضات دينا كان او عينا الا يرى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
العقد واذا لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر
لان يد الوكيل كيده فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين ولابي حنيفة رح
انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك
العين او اسقط الدين بطلت وتقال انا طقي عن الاصل ان الوكيل بالشرى اذا قبض
الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير
الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل * والمسئلتان تدلان على ان التقييد
في الوكالة تتعين بالتعيين لكن المذكور في الكتاب لا تفصيل بين ما قبل القبض وما بعده
والاخرى تدل على انها بعد القبض تتعين وهو المتداول في الكتب وقال في النهاية هذا
على قول بعض المشائخ بعد التسليم الى الوكيل واما قبل التسليم فهي لا تتعين في الوكالات
ايضا بالاجماع لانه ذكر في الذخيرة وقال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشترلي
بهذه الالف الدراهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم
ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير
لا تتعينان في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشراء فيعتبر

فيعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء قبل التسليم فكذا في ماهو وسيلة الى الشراء * واما بعد التسليم الى الوكيل فهل تتعين اختلف المشائخ فيه قال بعضهم تتعين لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين ثم قال وفائدة النقد والتسليم على قول العامة توقت بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة وهذا قول منهم بالتعين بالتعيين لان المراد به هو التوقيت ببقائها وقطع الرجوع على الموكل في ما وجب للوكيل عليه ولقائل ان يقول فعلى هذا في كلام المصنف رح نظر لانه اثبت قول ابي حنيفة رح بقول بعض المشائخ الذين حدثوا بعد ابي حنيفة رح بمائتي سنة والجواب ان المصنف لم يتعرض بان ذلك قول بعض المشائخ رحمهم الله فلعل اعتماده في ذلك كان على مانقل عن محمد رح على مانقل عنه في الزيادات من التقييد بعدم التسليم قال صاحب النهاية انما قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه مخالف لما ذكر في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا ولو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة به بل انما قيد المصنف رح بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما **قوله** واذا تعينت هو تتمة الدليل وتقريره انها تتعين في الوكالات واذا تعينت

كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو دين مثلا واشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز لذلك او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الدائن قبل القبض والامر بدفع ما ليس بملكه باطل وصار كما اذا قال اعط مالي عليك

من شئت فانه باطل لانه امر بصرف مالا يملكه الآمر الا بالقبض الى من يختاره المديون بنفسه **قوله** بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان الموكل عين البائع او المسلم اليه فان التوكيل صحيح لازم للآمر لانه يصير البائع اولا وكيلا عنه فى القبض ثم يتملكه وذلك ليس بتمليك من غير من عليه ولا امرا بصرف ما لم يقبض واعترض بانه لو اشترى شيئا بدين على آخر ينبغي ان يجوز بجعله وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير * وقوله وبخلاف جواب عن قياسهما على الآمر بالتصرف ولم يذكره فى الكتاب وقد مناه في سياق دليلهما وذلك ظاهر * وقوله واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فاذا هلك عنده هلك من ماله لكن اذا قبضه الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي فان هلك عنده كان من ماله **قوله** ومن دفع الى آخر الفا رجل دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتريها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول للمامور ومراده اذا كانت تساوي الالف لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر والقول قول المنكر فان كانت الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر يتناول ما يساوي الفا فيضمن فان لم يكن دفع الالف اليه واختلفا فالقول للآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة الى شر وان كانت قيمتها الفا فمعنى قوله فالقول للآمر يتحالفان * ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان تلزم الآمر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه لما اشتراها بالف كان موافقا للامر وان اشتراها باقل كان مخالفا الى خير وذلك يلزم الآمر وهذا لانهما في هذا اي في هذا الفصل ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما ولهذا يرجع

وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي بينهما وتلزم الجارية المامور * وفيه مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبرت المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة والمبادلة فما الحكم في ذلك والجواب ان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني **قوله** ولو امره ان يشتري له هذا العبد واذا امر بشراء عبد معين ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع الاختلاف في الثمن وصدق البائع الوكيل فالقول للمامور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا وهو قول ابي جعفر الهندواني رح لان تصديق البائع رفع الخلاف فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد ولو انشأه لزم الآمر فكذا ههنا بخلاف المسئلة الاولى فان البائع ثمه غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه وقيل يتحالفان كما ذكرنا * فان قيل المذكور فيه فالقول قول المامور مع يمينه والتحالف يخالفه اجاب بقوله وقد ذكر يعني محمد رح ه. ظم يمين التحالف وهو يمين البائع لان البائع وهو الوكيل مدع ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الموكل فمنكر وعلى المنكر اليمين فلما كان يمين الوكيل هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين فاذا وجبت على المدعي فعلى المنكر اولى **قوله** والبائع بعد استيفاء الثمن جواب عن قوله ارتفع الخلاف بتصديق البائع بان البائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لا عقد بينهما فلم يكن كلامه معتبرا فبقي الخلاف والتحالف قال المصنف رحمه الله وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي وهو اظهر قال في الكافي وهو الصحيح والله اعلم بالصواب

* فصــــل في التوكيل بشراء نفس العبد *

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على مال لم يكن من مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة * والتوكيل بشراء نفس العبد من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى

وان يوكل العبد رجلا ليشتري نفسه من مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المصنف رح يتناولهما بجعل الالف واللام بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول في توكيل العبد رجلا او في توكيل العبد رجل **قوله** واذا قال العبد لرجل اذا وكل العبد رجلا بان يشتري له نفسه من مولاه بالف درهم ودفعها اليه فلا يخلو اما ان يقول الرجل للمولى اشتريته لنفسه اولم يعينه فان عينه فباعه المولى على ذلك فهو حر والولاء للمولى اما انه حر فلان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال والاعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمامور سفير عنه حيث اضاف العقد الى موكله والحقوق لم ترجع اليه فصار كان العبد اشترى نفسه بنفسه واما ان الولاء للمولى فلانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة والحقيقة يجب العمل بها مهما امكن وقد امكن اذا لم يعين فيحافظ اللفظ على الحقيقة * فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب سيأتي بخلاف شراء العبد نفسه فان الحقيقة تعذرت ثمه فتعين المجاز واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف اخرى ثمنا للعبد فانه اي الثمن في ذمة المشتري لان الاداء لم يصح قال في النهاية وهذا ظاهر في ما اذا وقع الشرى للمشتري واما اذا وقع الشرى للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفي ما اذا بين الوكيل للمولى انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكره في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قلت وفي كلام المصنف رح ما يشير اليه فانه جعل شراء نفسه قبوله الاعتاق ببدل فاذا لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل

بلا بدل وهذا بخلاف الوكيل بشراء العبد من غير العبد يعني ان يوكل اجنبي اجنبيا بشرى العبد
من مولاه حيث لا يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي لوقوع الشراء
للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي للموكل من نوع واحد وهو المبايعة
وفي الحالين اي في حال الاضافة الى نفسه والاضافة الى موكله يتوجه المطالبة
نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان اما ما نحن فيه فان احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة
فيه على الوكيل لانه سفير والمولى عساه لا يرضاه اي لا يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء
وموجب الجناية عليه ح وربما يتضرر به والآخر معاوضة محضة والمطالبة على الوكيل والمولى
عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان وشبه المصنف رح عسى بكاد فاستعمل
استعماله * وقوله ولا مطالبة على الوكيل هو رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق
ان العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة الماذون والمكاتب
من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير *
ووجهه ان توكله بشراء العبد لعبد كتوكله بشرائه لغيره وهناك يصير هو المطالب
بتسليم البدل فكذا ههنا * ووجه الاول وهو الصحيح ان الوكيل من جانب العبد
في عتقه سفير فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الآمر وليس اليه من قبض المعقود عليه
شيء فلا يتوجه عليه شيء من المطالبة بتسليم البدل **قوله** ومن قال لعبد اشتر لي نفسك
من مولاك هذه هي المسئلة الثانية ومن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخلو اما
ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضافه الى موكله بان قال بعني
نفسي لفلان بكذا ففعل المولى ذلك فالعقد او العبد للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره
في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته لانها لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح وله عبارة ملزمة
كالحر والبيع يرد عليه من حيث انه مال فكان توكيله بشرائها كتوكيله لغيره من اموال
المولى او كتوكيل اجنبي بشراء نفسه الا ان ماليته يعني هو اجنبي عن ماليته الا انها بيده

حتى لو اراد المولى ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له ذلك لكونه كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها مسلمة اليه فان قلت الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يصير تسليما يسقط حق الحبس كما قلنا في قبض الوكيل انه ليس بقبض للموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز اجيب بان كون مالية العبد في يده امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امرا اعتباري فجاز ان لا يعتبر وفيه نظر فان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيده كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا باعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة واما مالية العبد فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع وماليته لا تنفك فسلمت اليه ولا حبس بعد التسليم **قوله** فاذا اضافه الى الآمر نتيجة الدليل وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى الآمر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد له قياسا على حر توكل بشيء وفعله * وقوله فيفعل فهو للآمر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع الصغير فان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه كما سيأتي [illegible] على مال مقدور والواحد يتولى طرفيه فيتم بقول المولى بعت [illegible] فان قلت اذا اضاف العقد الى الموكل فمن المطالب بالثمن اجيب بانه في ذمة العبد كالوكيل العاقد فان قلت قد يكون محجورا عليه ومثله لا ترجع اليه الحقوق اجيب بان الحجر زال بالعقد الذي [illegible] اذا اضاف الى

الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق لما تقدم و قد رضي به المولى دون المعاوضة * فان قيل العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله لكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه كما تقدم * وان اطلق فقال بعني نفسي ولم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف ان يقع عمن باشره وعورض بان اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمه قرينة للمجاز وقد وجدت في ما نحن فيه وهي اضافة العبد العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضى المولى بذلك واشار اليه بقوله وقد رضي به المولى دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم اللفظ والله اعلم بالصواب

* فصل في البيع *

لما فرغ من بيان احكام الشراء بانواعه ذكر احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم الشراء ثمه فهو وجه تاخير البيع **قوله** والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده اذا وكل شخصا بالبيع او الشراء او بهما لا يجوز له ان يعقد مع من لا تقبل له شهادته اذا كانت مطلقة عن التقييد بعموم المشيئة عند ابي حنيفة رح بمثل القيمة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وعبارة الكتاب تدل على ان البيع منهم بغبن يسير لا يجوز وهو المذكور في شرح الطحاوي وذكر في الذخيرة ان ذلك يجوز عندهما فكان الغبن اليسير على ذلك التقدير ملحقا بمثل القيمة * ولا بد من تقرير الاقوال قبل الادلة لانا نقول عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة

في البيع وباقل منها في الشراء فهو جائز بلا خلاف وعكسه غير جائز كذلك وبغبن يسير
كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكر في الذخيرة جاز عندهما
وبمثل القيمة جائز عندهما باتفاق الروايات غير جائز عند ابي حنيفة رح في رواية الوكالة
والبيوع وهو المذكور في الكتاب وفي رواية المضاربة جائز * اذا عرف هذا فالدليل على المذكور
في الكتاب في جانبهما **قوله** لان التوكيل مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر
والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتف لان المانع هو التهمة ولا تهمة ههنا
لانها اما ان تكون من حيث ايثار العين او المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلان
الاملاك متباينة حيث يحل الابن وطئ جارية نفسه ولو لم يكن ملكه متباينا عن ملك
ابيه لكانت جاريته مشتركة ولما حل له وطئها ولا يحل له وطئ جارية ابيه والمنافع منقطعة
فان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه
واذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في البيع من الاجنبي وانما
لم يجز من عبده يعني الذي لا دين عليه لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد لمولاه والبيع
من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفيه كان مستزيدا مستنقصا قابضا مسلما
مخاصما مخاصما في العيب وفي ذلك من التقابل الذي لا يتحقق قيام متقابليه بمحل واحد
في حالة واحدة وكذا للمولى حق في اكساب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته
ولا تزويج عبده فينقلب حقيقة بالعجز فصار كالعبد ولابي حنيفة رح القول بالموجب
يعني سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات لانها شرعت
للاعانة فكانت موضع امانة وهي موجودة ههنا بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع
بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين فان قيل ما الفرق
لابي حنيفة رح في تجويز بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة ظهر الربح اولم يظهر
مع ان له قبل ظهوره حكم التوكيل اجيب بان المضارب اعم تصرفا من الوكيل فقد يستبد

فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه كما اذا صار المال عروضا فجاز
ان يجوز تصرفه مع هؤلاء نظرا الى جهة استبداده والاجارة والصرف على هذا الخلاف
وانما خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عري عنها
غيره فكانا مما يوهم عدم جوازهما مع هؤلاء فتبين ان الحكم فيهما كهو في ما سواهما كذا
قيل **قوله** والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض الوكيل بالبيع يجوز
ان يبيع بثمن قليل وكثير وبعرض عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز بغبن فاحش ولا بغير النقود
لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف عرفا اذ التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبالجمد
بسكون الميم ما جمد من الماء لشدة البرد تسمية للاسم بالمصدر بايام الصيف وبالاضحية
بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم
الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ولهذا لو حصل من المريض
كان من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه
لانه من حيث ان فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه تحصيل السلعة
فى الملك شراء فلا يتناوله مطلق اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي حنيفة رح
القول بالموجب اي سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجري على اطلاقه في غير موضع
التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع **قوله** والبيع بالغبن متعارف فى الجواب يعني سلمنا
ان المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة
الى الثمن [illegible] والتبرم من العين وعند ذلك لا يبالي بقلة الثمن وكثرته
وكان العرف [illegible] لا لاحد الخصمين دال المتنازع فيه يكون [illegible]
وانه [illegible] المذكورة ممنوعة [illegible]
وعلى ذلك الحجة وان [illegible] ابي حنيفة رح [illegible] البيع بالغبن [illegible]

من كل وجه حتى ان من حلف لايبيع يحنث بالبيع بالغبن او العين فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة كذلك واعترض بانه لايلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لوحلف لاياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لواشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لايباع فيها عادة فلايقع التوكيل عليه * فعلم بهذا ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك * واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر وان قيل اذا كان ذلك بيعا من كل وجه يملكه الاب والوصي اجاب بقوله غير ان الاب والوصي لا يملكانه ومعناه ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا مامورين سلمنا ذلك لكن ليس امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نسلم ان المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع فكلما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه * ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به الى تحصيل ملك غيره له والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة والبيع والشراء يطلقان على عقد شرعي يرد على مجموع مالين باعتبارين بتعيين كل منهما باطلاق لفظ مخصوص عليه وبذلك يتميز البائع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء * قيل اذا كان بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه فهذا ترجيح بلا مرجح في جانب البيع * واجيب بانه اذا كان شراء من كل وجه كان الوكيل به وكيلا بالشراء وهو لا يملك الشراء بغبن فاحش بالاتفاق فكان الواجب ان لا يجوز البيع ايضا الا اذا كان ما باعه من العرض مثله في القيمة او باقل منه بيسير كما في رواية الحسن عن

عن ابي حنيفة رح وذلك لان الموكل اطلق في توكيله البيع فيعتبر ذلك ويترجح جانبه ويجوز له ان يبيع بما عزّ وهان ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله فعليك بهذا وتطبيقه على ما في الكتب ملاحظا بعين البصيرة يحمد المتصدي لتلفيقه ان شاء الله تعالى **قوله** والوكيل بالشرى يجوز عقده الوكيل بالشرى يجوز له ان يشتري بمثل القيمة والغبن اليسير دون الفاحش لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه اوقد وجده خاسرا الحقه بغيره على ما مرحتى لوكان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانتفاء التهمة لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشائخ رحمهم الله فان بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا يتحمل فيه اليسير ايضا وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج موكله امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن فيه هذه التهمة بخلاف الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد حيث يقول اشتريت ولا يقول لفلان ثم بين الغبن اليسير والفاحش فقال والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فيكون مقابله مما يتغابن فيه قال شيخ الاسلام هذا التحديد في ما لم يكن له قيمة معلومة في البلد كالعبيد والدواب فاما ماله ذلك كالخبز واللحم وغيرهما فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وان قلّت الزيادة كالفلس مثلا لان هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى تقويمهم ولا حاجة ههنا للعلم به فلا يدخل وقيل الغبن اليسير وهو الظاهر وقيل الفاحش ويساعده سوق الكلام في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده فاذا كان الغبن الى هذا المبلغ كان يسيرا لزم الآمر وان زاد على ذلك لزم الوكيل والتقدير على هذا الوجه لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته ووقوعه في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب تقطع به يد

محترمة فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر في ماكثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه **قوله** واذا وكله ببيع عبد له فباع نصفه جاز واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجري على اطلاقه ويستوضح بقوله الا يرى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما فان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف بالاتفاق لما ذكر من الدليل آنفا في التوكيل بالبيع والفرق لابي حنيفة رح ان التهمة في الشراء متحققة على ما مر من قوله فلعله اشتراه لنفسه الى آخره وفرق آخر ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع العبد كله او بعضه [illegible] والامر بالشراء فانه صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي الاتفاق الا [illegible] فيعتبر فيه العرف والعرف فيه ان يشتري العبد جملة [illegible] ان يقول [illegible] ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء [illegible] صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان الناس [illegible] ذلك [illegible] حكيم بن حزام [illegible] النبي عليه السلام وكله بشراء الاضحية [illegible] [illegible] في ذمة الوكيل لكونه مالكا [illegible] [illegible] ذلك [illegible]

ولو بوجه اولى **قوله** ومن امر رجلا ببيع عبده ومن امر رجلا ان يبيع عبده فباعه وقبض الثمن اولم يقبض فرده المشتري على البائع بعيب فاما ان يكون ذلك بقضاء اوبغيره فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون بعيب يحدث مثله اولم يكن فان لم يكن فاما ان يكون العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع اولم يكن فان كان لا يحتاج الى حجة من بينة اونكول اواقرار لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب ظاهر فلا يحتاج للرد اليها وان لم يكن فلا بد منها للقضاء بل لانه اذا لم يعاين البيع قد يشتبه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب ظاهرا كالقرن في الفرج والمرض الدق فيحتاج الى النساء والاطباء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول النساء والطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد على الموكل ولا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل فسخ على الموكل وان كان بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او باباء يمين فكذلك لان البينة حجة مطلقة كاملة والوكيل في النكول مضطر لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت الى ان يعرض عليه اليمين ويقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة وهي الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل بالعيب لا حاجة الى قضاء القاضي لقبوله لا محالة وان كان الثاني فاما ان يكون بعيب يحدث مثله اولا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له ان يخاصم آمره ويلزمه بالبائع لان البيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر عليه بامر حصل من جهته فكانه باعه اياه لانه بيع جديد في حق

ثالث حيث فسخ واسترد برضاه من غير قضاء والبائع اي الموكل ثالثهما وان كان الثاني
والرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وذلك
لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي ان رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر اليه في عيب لا يحدث
رده عليه من غير تكليف باقامة الحجة على ذلك فكان ذلك ردا على الموكل وفي عامة
الروايات انه لا يلزم الآمر وليس للمامور ان يخاصمه لما ذكرنا انه بيع جديد في حق
ثالث * وقوله الرد متعين ممنوع لان حق المشتري في الجزء الفائت ثم ينتقل الى الرد
ثم الى الرجوع بالنقصان ولم يذكر صورة الرد بالبينة والنكول لعدم تعين الدي
عدم القضاء قوله ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد اذا اختلف الآمر والمامور
في اطلاق التصرف وتقييده فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور
بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ومن يستفاد
الامر من جهته اعلم بما قاله فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس
ذلك بموجود لان عقد الوكالة مبناه على التقييد حيث لا يثبت بدون التقييد فانه ما لم يقل
وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه ولو قال وكلتك بمالي او في مالي لا يملك
الا الحفظ فليس في العقد ما يدل على خلاف دعواه من الاطلاق ولو اختلف المضارب
ورب المال في الاطلاق والتقييد فقال رب المال امرتك ان تعمل في البر وقال المضارب
دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا فالقول للمضارب لان الامر وان كان مستفادا من
جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى
انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فكانت دلالة الاطلاق قائمة [illegible] اذا ادعى
رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال [illegible]
[illegible] فنزلت الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر [illegible]
[illegible] او نسيئة الى اي اجل كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة [illegible]

اوغير متعارف فيها كالبيع الى خمسين سنة عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه من الجانبين تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عنده خلافا لهما ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قيل المراد بالكفالة ههنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها ان يموت الكفيل والاصيل مفلسا وقيل التوى فيها هو ان ياخذ الوكيل كفيلا ويرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم على ما يراه ويموت الكفيل مفلسا* وانما لم يكن عليه ضمان لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن فكذا اذا قبض بدله بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه يتصرف نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استوفينا في [illegible] الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض الثمن اصالة [illegible] لا يملك الموكل حجره عن القبض *

* فصـــــــل في وكالة الاثنين *

وجه تاخير وكالة الاثنين عن وكالة الواحد ظاهر طبعا ووضعا **قوله** واذا وكل وكيلين فان كان ذلك بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حيث وكلهما متعاقبا وان كان بكلام واحد وهو المراد بما في الكتاب [illegible] لاحدهما ان يتصرف في ما وكلا به دون الآخر سواء كان ممن يلزمهما الاحكام او احدهما صبي او عبد محجور ان كان التصرف مما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اذا قال وكلتكما ببيع كذا او بخلع كذا لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما او مات احدهما او ذهب عقله ليس للآخر ان يتصرف **قوله** [illegible] جواب عما يقال اذا قدر الموكل البدل فقد استغنى عن الرأي بعد [illegible]

ان يتصرف احدهما ووجه ذلك ان البدل وان كان مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعماله في الزيادة فاذا اجتمع رأيهما احتمل ان يزيد الثمن ويختارا من هو احسن اداء للثمن وقوله الا ان يوكلهما بالخصومة استثناء من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف في ما وكلا به دون الآخر يعني ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده في ما يحتاج فيه الى الرأي الا في الخصومة فان تكلمهما فيها ليس بشرط لان اجتماعهما عليها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء وقوله والرأي يحتاج اليه سابقا اشارة الى دفع قول من قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة يحتاج فيها الى الرأي والموكل رضي برأيهما ووجه ذلك ان المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكتفي بذلك وقوله او بطلاق زوجته بغير عوض وما بعده معطوف على المستثنى فاذا وكل رجلين بطلاق امرأته بغير عوض فطلق احدهما وابى الآخر ان يطلق فهو جائز وكذا بالعتق المفرد وكذا اذا وكله برد الوديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد فيه سواء ولو كانت بقبض الوديعة فقبض احدهما بغير اذن صاحبه ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما كان قابضا بغير اذن المالك فيضمن الكل لانه مامور بقبض النصف اذا كان مع صاحبه واما منفردا فغير مامور بقبض شيء منه **قوله** وهذا اي جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مرّ واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الآخر قيل ينبغي ان يقدر احدهما على نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الآخر فان قيل الابطال ضمني ولا يعتبر اجيب بانه لا حاجة اليها في ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع **قوله** ولانه متعلق بقوله طلقاها ان شئتما

فان الطلاق فيه معلق بفعلهما وهو التطليق فيكون معتبرا بالطلاق المعلق بدخولهما الدار فان بدخول احدهما لا يقع الطلاق فكذا ههنا فان قيل ففي قوله طلقاها ايضا معلق بفعلهما ويقع بايقاع احدهما اجيب بالمنع فانه ليس فيه مايدل على ذلك بخلاف مانحن فيه فان فيه حرف الشرط وهو قوله ان شئتما فان قيل فاجعله مثل قوله امرها بايديكما مفوضا الى رأيهما اجيب بانه ليس بمحتاج الى الرأي بخلاف الامر باليد **قوله** وليس للوكيل ان يوكل في ماوكل به وليس للوكيل ان يوكل في ماوكل به لانه فوض اليه التصرف في ماوكل به والتوكيل ليس بتصرف فيه وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء وفيه تشكيك وهو ان تفاوت الآراء مدرك بيقين والا لماجاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى رأيا من الاول * وايضا الرضى برأي الوكيل ورد توكيله تناقض لان الوكيل الثاني لولم يكن اقوى رأيا او قوية في رأي الاول لما وكله فرد توكيله مع الرضا برأيه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة القوة في الرأي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالرأي والتصرف في الامور ولم يأذن له بالتوكيل الظاهر من حاله انه ظن ان لا ثمه من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله ح مناقض لظنه فلا يجوز **قوله** الا ان يأذن استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فانه ان اذن له الموكل او يقول له اعمل برأيك فقد رضي برأي غيره او اطلق التفويض الى رأيه وذلك يدل على تساويه مع غيره في التصرف في ظنه فجاز توكيله كما جاز تصرفه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مرنظيره في ادب القاضي حيث قال وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى آخر ماذكرثمه فان وكل الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور الرأي وقد حصل قيل احد الوكيلين بالبيع اذا باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة صريحا ذكره في الذخيرة

فما الفرق بينهما اجيب بان صاحب الذخيرة قال قال محمد رح في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكره في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر منها وشرط اجازته قال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز حكي عن الكرخي انه كان يقول ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد والى هذا ذهب عامة المشائخ * وهذا لان توكيل الاول لما لم يصح لعدم الاذن به صار كالعدم وصار الوكيل الثاني فضوليا وعقده يحتاج الى الاجازة البتة ومنهم من جعل في المسئلتين روايتين ووجه عدم الجواز ما ذكر ووجه الجواز ان المقصود حضور الرأي وهو حاصل عند الحضور فلا يحتاج الى الاجازة بخلاف الغيبة وعلى هذا احد وكيلي البيع وفيه نظر اما في ما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس ذلك نصا في اشتراط الاجازة للحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الرأي وقد حضر كما ذكرنا وتوجيه كونه فضوليا في احد وكيلي البيع ليس كوكيل الوكيل لانه مامور من الموكل في الجملة بخلاف وكيل الوكيل * فلعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد الوكيلين * والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن صاحبه هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله اعلم **قوله** وقد تكلموا في حقوقه يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره محمد رح في الجامع الصغير وتكلم المشائخ في ذلك * فمنهم من قال على الاول لان الموكل ما رضي بلزوم العهدة عليه

عليه لا الثاني *ومنهم من قال على الثاني اذ السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات الموكل الاول انعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وان عقد الثاني في غيبة الاول لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه وكما لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لحضور رأيه ولو قدر الوكيل الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل التقدير وهذه رواية كتاب الرهن اختارها المصنف رح وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان الاول لو باشر ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته وانما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما مر من قوله ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري واما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن وذلك لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالات ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في التوكيل بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة **قوله** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته اذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة مسلمة حرة او باع او اشترى لها يعني تصرف في مالها بالبيع او بالشراء لم يجز ذلك وانما احتاج الى التاويل لان قوله او اشترى لها يحتمل ان يكون معناه اشترى لها من مال نفسه وذلك جائز لا محالة لان التصرفات المذكورة من باب الولاية ولا ولاية مع الكفر والرق اما الرق فلان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وهو محجور عن التصرف المالي الا بتوكيل من غيره وليس بموجود واما الكافر فلا ولاية له على المسلم لقوله تعالى وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ولهذا لاتقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية وهي تحتاج الى قدرة وشفقة ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي وان كان مستامنا لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خاف عن الاسلام دون الحربي فاذا سلبت ولاية الذمي فالحربي اولى واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع ان اسلم جاز والا فلا لانها ولاية نظريه وذلك اي الولاية النظرية بتاويل المذكور او بان استعمال ذلك مشترك باتفاق الملة والملة مترددة لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود لانه مجبور عليه فيجب التوقف فان قتل استقرت جهة الانقطاع فتبطل عقوده وان اسلم جعل كانه لم يزل كان مسلما فصحت ولما كان ابويوسف ومحمد رحمهما الله تركا اصلهما في نفوذ تصرفات المرتد خص قولهما بالذكر بقوله قال ابويوسف ومحمد رحمهما الله وان كانت المسئلة بالاتفاق *

* باب الوكالة بالخصومة والقبض *

اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن اولانها مهجورة شرعا فاستحقت التاخير عما ليس بمهجور **قوله** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اي بقبض الدين او العين خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه رضي بالخصومة وليس القبض بخصومة لان الخصومة قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي * ولنا ان الوكيل ما دام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من موت القاضي او غيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب

واجب ومشائخ بلخ افتوا بقول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض
غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فهو ظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة
ولا يرضى بامانته وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد رح وفيه نظر فان الدلالة قد وقعت
بما ذكرنا ان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب ونظير هذا الوكيل بالتقاضي فانه يملك
القبض على اصل الرواية لانه في اصل معناه وضعا يقال تقاضيته ديني او بديني واقتضيته
ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي
المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز
متعارف وهي اولى منه عند ابي حنيفة رحمه الله والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية
ولا كلام فيه وانما الكلام في ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور
الخيانة في الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض وان وكل وكيلين بالخصومة
لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن
بخلاف الخصومة وان اجتماعهما عليها غير ممكن لما مر انه يفضي الى الشغب في مجلس
القضاء وهو مذهب لمهابته **قوله** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة
والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح فاذا اقتضى القبض
واقام الخصم بينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما فلا تقبل
بينة الخصم وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه وكيل بالقبض والخصومة ليست بقبض
فلا يكون وكيلا بها ولان الوكيل بالقبض مؤتمن على المال وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضى بالقبض رضا بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك
لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض نفس الدين غير متصور لكونه وصفا ثابتا في ذمة
من عليه لكن الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز
الاستبدال بها والتوكيل بقبض الديون فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض

اذا لوكيل يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل بالاستقراض باطل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل فيها خصم فيها كالموكل فكان كالوكيل باخذ الشفعة اذا اقامت عليه البينة بتسليم الموكل الشفعة فانها تقبل والشفعة تبطل والوكيل بالرجوع في الهبة اذا اقام الموهوب له البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل والرجوع يبطل والوكيل بالشراء فانه خصم يطلب بحقوق العقد وبالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل وبالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء لان الوكيل في هذه يكون خصما قبل القبض كما يكون هنالك كذلك واما الوكيل بالشراء فانه لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء **قوله** وهذا اشارة الى ما اشرنا اليه مما يتم به دليل ابي حنيفة رح وهو ان الوكيل بالتملك اصيل في الحقوق **قوله** والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك لكونه يقبض عين حق الموكل من كل وجه فاشبه الرسول فاذا وكل بقبض عبد له فاقام من بيده العبد بينة ان الموكل باعه اياه دفع العبد الى الوكيل ولم يلتفت الى بينة ذي اليد في القياس لانها قامت لا على خصم وفي الاستحسان وقف الامر حتى يحضر الامر لانه لقيامه مقام الموكل في القبض خصم في قصر يده فيقتصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة فصار كما اذا اقامها على انه عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها نقلها اليه والوكيل بقبض العبد والجارية قبضهما فاقامت المرأة البينة على ان زوجها طلقها والامة والعبد على العتاق او من هما بيده على الارتهان من الموكل فانها لا تقبل قياسا لقيامها لا على الخصم وفي الاستحسان تقبل في قصر يد الوكيل دون القضاء بالطلاق

بالطلاق والعتق والرهن لانها تتضمن الطلاق والعتاق والرهن ومن ضرورة ذلك قصر يد الوكيل
والوكيل ليس بخصم في احدهما وهو اثبات العتق على المولى ولكنه خصم في قصر يده
وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق على الغائب فقبلناها في القصر دون غيره
قوله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله
سواء كان موكله المدعي فاقر باستيفاء الحق او المدعى عليه فاقر بثبوته عليه فان كان
ذلك عند القاضي جاز والا فلا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا انه اذا اقر عند
غير القاضي يخرج من الوكالة فلا يدفع اليه المال * ولو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام
على ذلك بينة لم تسمع بينته لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف رح جاز اقراره
في الوجهين جميعا وقال زفر والشافعي رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رح اولا لا يجوز
في الوجهين جميعا * والقياس اما شمول الجواز كما هو مذهب ابي يوسف رح واما شمول
العدم كما هو مذهبهم * والفصل بين مجلس القضاء وغيره استحسان * وجه القياس
ان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة لانها الخصومة والاقرار ليس بمنازعة لانه مسالمة
والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الصلح والابراء ويصح التوكيل
اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كان الاقرار من حقوق التوكيل
بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض
الثمن او لا يسلم المبيع * وفيه نظر لانه لو لم يثبت وله لما صح الاستثناء **قوله** وكذا لو وكله بالجواب
مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة قال في النهاية هي مسئلة مبتدأة خلافية لم يوردها
على وجه الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو ايضا على هذا الخلاف كذا
في المختلفات البرهانية وجه الاستحسان ان هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه وصحته بتنا وله
ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح
وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم ببيع الخمر فتذكر ما تقدم فيه * وذلك اي ما يملكه

الموكل مطلق الجواب دون احدهما عينا لان الخصم اذا كان محقا وجب عليه الاقرار
وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة موضوع للمقيد فيصرف الى المطلق
مجازا على ما سيأتي تحريا للصحة قطعا **قوله** ولو استثنى الاقرار جواب عن مستشهد زفر رح
ووجهه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف رح لانه لا يملك الاستثناء
لان ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل له ذلك كما مر آنفا ولئن سلمنا صحته كما قال
محمد رح لكنه انما صح لتنصيصه على الاستثناء وللتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه
وبيان ذلك ما قلنا انه لا يحل له الانكار لجواز ان يكون الخصم محقا فاذا نص على استثناء
الاقرار دل على انه يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فتعين
الانكار وعند الاطلاق يحمل على الاولى بحال المسلم وهو مطلق الجواب وعن محمد رح
انه فصل بين وكيل الطالب ووكيل المطلوب ولم يصححه في المطلوب لكونه مجبورا عليه
قال في النهاية اي على الاقرار لان المدعي يثبت ما ادعاه بالبينة او يضطر المدعى عليه
الى الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا وكيله الا ان الوكيل
عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان
فلا تفيد استثناء الاقرار فائدة ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات دعواه بالبينة
وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب
ان المطلوب مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا عليه
في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب فانه مخير في كل حال فكان
استثناؤه مفيدا ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما
لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد
مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح او الابراء ان لم يكن اشد من افضائها الى الاقرار
فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان يجوز الاستعارة * والاولى ان

ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب
اما بلا او بنعم والصلح عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلاف ما وضع للجواب وكذلك
الابراء فلا يتناوله اللفظ الموضوع لمطلق الجواب لا حقيقة ولا مجازا **قوله** فبعد ذلك
شروع في بيان ماخذ الاختلاف الواقع بين العلماء الثلثة اي بعد ما ثبت ان التوكيل
ينصرف الى مطلق الجواب او بعد ما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله
يقول ابويوسف رح في التسوية بين مجلس القاضي وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل
واقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل بالخصومة
يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا لما مرّ انه انصرف الى مطلق الجواب
ومطلق الجواب مجازا ما يتناول بعموم الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار
لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة
وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب في غير مجلس
القضاء فلا اقرار خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به اما انه خصومة
مجازا فلانه خرج في مقابلة الخصومة فكان مجوزه التضاد وهو مجاز لغوي لما قررنا في التقرير انه
لا يصلح مجوزا شرعيا ولان الخصومة سبب الاقرار فكان المجوز السببية وهو مجوز
شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف * واما اختصاصه بمجلس القضاء
فلان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به ولو قال لان الواجب عليه
اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى تادية للمقصود **قوله** لكن استدراك من قوله
فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا كان الاقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب
كان الجواب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه اذا ثبت انه اقر
عند غير القاضي يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار كالاب
او الوصي اذا اقر في مجلس القاضي فانهما اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه

وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يدعي المال فاقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه فكذلك ههنا **قوله** ومن كفل بمال عن رجل ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا اي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها اما بعد البراءة فلانها لما لم يصح حال التوكيل لما يذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل للغائب فاجازها بعد ما بلغته فانه لا يجوز لانها لم يصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره [illegible] لا [illegible] في ابراء ذمته كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه فانه لا يصير وكيلا لما قلنا [illegible] بتوكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه صحيح وان كان [illegible] في ذلك لنفسه ذكره في الجامع الصغير واجيب بالمنع مستندا الى ما ذكره شيخ الاسلام ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه على خلاف ما ذكر في الجامع سلمناه لكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض واعترض بان العمل لنفسه ضمني لكون الموكل اصيلا في اثبات الوكالة والضمنيات قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل الاصل وقوع التصرف لنفس الفاعل فان قيل فلينسخها الوكالة لطريانها عليها كما لو تأخرت الكفالة عنها فانها تنسخها قال المحبوبي في الجامع الصغير الوكيل بقبض الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة والجواب ان الناسخ يجب ان يكون اقوى من المنسوخ او مثله والوكالة دون الكفالة لان الكفالة عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه دون الوكالة فلا يجوز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه **قوله** ولان قبول قوله دليل آخر وتقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول [illegible] ولو صحت الوكالة ههنا لانتفى اللازم وهو قبول قول الكفيل مبرئا نفسه و[illegible] اللازم [illegible] الملزوم [illegible] حال فرض وجوده [illegible] لان الوكالة في

في ما نحن فيه بطلانها في عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن للغرماء قيمته ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض دينه من العبد كان التوكيل باطلا لما بينا ان الوكيل من يعمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمته كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرأ به نفسه فيكون باطلا **قوله** ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه ومن ادعى انه وكيل فلان الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فما اداه المديون مثل مال رب المال لا عينه وقد تقدم فكان تصديقه اقرارا على نفسه ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغائب وصدقه فيها والا دفع الغريم اليه الدين ثانيا لانه اذا انكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء لان القول في ذلك قوله لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط الدين بادائه الى الوكيل والموكل ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء وهو واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض والمحق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه اعترف انه مظلوم في هذا الاخذ يعني الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فان قيل هذا الوجه يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه بما قبضه **قوله** الا ان يكون استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه الا اذا كان ضمن المديون الوكيل على رواية التشديد بان قال له اضمن لي ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب مني مالا ارجع عليك بما دفعته اليك او ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن لك ان اخذ الطالب

منك ثانيا ارد عليك ما قبضته منك على رواية التخفيف فانه يرجع على الوكيل ح
لان الماخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لانه غاصب
في حقهما في ما يقبضه ثانيا فكانه قال انا ضامن لك ما يقبضه منك فلان وهو ضمان صحيح
لاضافته الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين بمنزلة الكفالة بما ذاب له عليه
اي يذوب في كون كل واحد منهما كفالة اضيفت الى حال وجوب في المستقبل على
المكفول عنه ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا لان فرع التكذيب
سيأتي عقيب هذا ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع
الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه مكذبا له في دعوى الوكالة وهذا اي جواز
الرجوع في صورة التكذيب اظهر منه في الصورتين الاوليين وهو التصديق مع التضمين
والسكوت لانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع
على الغاصب وقوله لما قلنا اشارة الى قوله وانما دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل
الرجوع لا دليل الاظهرية وفي الوجوه كلها اي الاربعة المذكورة دفعه مع التصديق
من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق ولا تكذيب
ودفعه مع التكذيب ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى
صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة الكذب وقيل
ظاهرا ان كان الوكيل ظاهرا لعدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار
كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة فانه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة
ولان من باشر تصرفا لغيره ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن حصول غرضه لان
سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود وقد تقدم ولم يذكر المصنف رح ان الغريم
[illegible] يستحلف او لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي حنيفة رح

رح ويحلف على قولهما لانه ادعى عليه مالو اقر به لزمه ... تكن على العلم لانه على فعل الغير * وله ان الاستحلاف يبتني على دعوى صحيحة وما لم يثبت نيابته عن الآمر لم يصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة وانكر الدين والحكم على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بقبض الدين عنده يملك الخصومة ... في حقه باقراره ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر له بمال الغير بحق القبض فانه اقرار بمال الوديعة على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين على ما مر ان الديون تقضى بامثالها فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة والقبض فان دفعها اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك وضمن المودع فهل للمودع الرجوع اولا فهو على الوجوه المذكورة ... دفعها اليه ... صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها ... بالضمان ... وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث ... المودع ... اي لان مال الوديعة لا يبقى مال المودع ... وروى صاحب ... عن خط ... نصب ماله ووجهه بكونه ... لا ... في ... اي ... ومعناه لا يبقى مال الوديعة مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين وارى انه ضعيف لان ... مفعول ... يجوز ان يكون مقيدا بالمسافهة اي كلمته في حال المسافهة ... لا يبقى مال الوديعة حال كونه ... مملوكا ... اليه فليس له ... في ... اي لان المودع لا ... ماله بعد موته ... الوارث فقد اتفق على انه مال الوارث فلا بد من الدفع اليه ولو ادعى انه اشترى الوديعة ... المودع لم يؤمر بالدفع ... لان المودع ما دام حيا ...

اقرار المودع اقرار بملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدق فان في دعوى البيع عليه ولقائل

ان يقول قد تقدم هاتان المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث وكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب

عنه بانه ذكرهما هنالك باعتبار القضاء وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى

وهنالك بقوله ومن اقر * ومع هذا فلا يخلو عن ضعف لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة

والقبض بعيد المناسبة **قوله** فان وكل وكيلا بقبض دينه ذكر في الجامع الصغير محمد عن

يعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بذلك المال

واقام الوكيل البينة عليه وقال الذي عليه المال قد استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال

ثم اتبع رب الدين فاستحلفه قال المصنف رح لان الوكالة قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع

المسئلة كذلك والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق الى تحليف رب الدين

ثم يتبع الغريم رب الدين فيستحلفه رعاية لجانبه فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع

القابض فيسترد ما قبض ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة لا تجري في الايمان

وقال زفر رح احلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل

لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على

الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف

الوارث يحلف ان لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين

بالاصالة **قوله** وان وكله بعيب في جارية اذا وكل برد جارية بعيب فادعى البائع رضى

المشتري بالعيب لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف ما مر من مسئلة الدين

لان التدارك فيها ممكن باسترداد ما قبضه المشتري اذا ظهر الخطاء عند نكول الموكل

واما ههنا فغير ممكن لان العقد ينفسخ بالقضاء والقضاء بالفسخ ماض على الصحة

عند ابي حنيفة رح لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا وان ظهر الخطاء بالنكول

ودليل هذا الاختلاف المشتري عنده بعد ذلك لانه لما نقض الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق

لم يبق في الاستحلاف فائدة واعترض بان الوكيل اذا ردها على البائع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية وقال البائع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البائع ولو كان القضاء ماضيا على الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد رح فاما على قول ابي حنيفة رح فلا سبيل للآمر على الجارية * سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض ههنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضا من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا كما لو قضى باجتهاده في حادثة وثمه نص بخلافه وقالوا هذا اصح فاما عندهما فقد قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على هذا الاصل المذكور في الفصلين فصل الجارية والدين فيدفع الدين كما تقدم وترد الجارية ولا يؤخر الى تحليف المشتري لان عدم التاخير الى تحليف رب الدين انما كان لكون التدارك ممكنا عند ظهور الخطاء وذلك موجود في صورة الجارية لان قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهرا لا باطنا فان ظهر خطاء القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري فلا يؤخر الى التحليف وقيل الاصح عند ابي يوسف رح ان يوخر في الفصلين لانه يعتبر النظر للبائع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى البائع فينظر للطالب له اذا كان غائبا

قوله ومن دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها ومن دفع الى آخر عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من ماله فالعشرة الذي انفقه من ماله بمقابلة العشرة الذي اخذه من الموكل لا يكون متبرعا في ما انفق * قيل هذا استحسان ووجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب الوكالة بالبيع والشرى عند قوله واذا دفع الوكيل بالشرى الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية وهذا

اي مانحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان التوكيل بشراء مايحتاج اليه الاهل
قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج
الى ان يؤدي ثمنه من مال نفسه وكان في التوكيل بذلك تجويز للاستدلال وفي القياس
ليس له ذلك ويصير متبرعا في ما انفق ويرد الدراهم المأخوذة بعينها الى الموكل عليه وان
استهلكها ضمن لان الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلكت [illegible]
الوكالة واذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امره فيكون متبرعا [illegible]
في [illegible] وهو ان يدفع المديون الى رجل الفا ويوكل بدفعها [illegible]
الموكل [illegible] ذلك من مال نفسه [illegible] في القياس متبرع حتى اذا اراد [illegible]
ان [illegible] الالف التي [illegible] لا يكون له ذلك وفي الاستحسان له ذلك [illegible]
وذلك لان قضاء الدين ليس بشراء ولا يكون الآمر راضيا بثبوت الدين في ذمته [illegible]
لم يجعل متبرعا الا انه اذا دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا فاما الانفاق فيتضمن الشراء لا محالة
بالانفاق وهذا امر بشراء الطعام والشراء لايتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثلها في الذمة
ثم يثبت له حق الرجوع على الآمر فكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا [illegible]

* باب عزل الوكيل *

وجه تاخير باب العزل ظاهر لا يحتاج الى بيان واعلم ان الوكيل ان كان [illegible]
صحيح حضر المطلوب اولا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور
غيره وهو المذكور اولا * وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب من جهة الطالب [illegible]
[illegible] فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا فان لم يعلم فكذلك [illegible]
[illegible] الوكيل فكان العزل [illegible] وذكره المصنف رح بان علم [illegible]
[illegible] لان للوكيل يثبت له حق احضاره في مجلس الحاكم [illegible]
[illegible] ذلك وهو المذكور في الكتاب مستثنى [illegible]

الحق لايبطل لانه ان كان لايمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكرها المصنف رح لان دليله او ح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير وههنا لا ابطال كما ذكرناه **قوله** وصار اي صار التوكيل من جهة المطلوب اذا كان بطلب من جهة الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق فان قيل عزل الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن مالم يرض به بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به اولا ولوكانا متشابهين لما وقعت بينهما هذه التفرقة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه على بطلان الحق وعدمه فاذا ابطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا واما في مسئلة الرهن فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب الراهن بالبيع **قوله** فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته فاذا عزل الوكيل ولم يبلغه عزله فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان في عزله اضرارا به من وجهين * احدهما من حيث ابطال ولايته لان الوكيل يتصرف على ادعاء ان له ولاية ذلك وفي العزل من غير علمه تكذيب له في ما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر لا محالة * والثاني من حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينقد من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل فيضمنه فيتضرر به والوكيل بالنكاح وغيره سيئان للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر في فصل القضاء بالمواريث في كتاب ادب القاضي فلا يحتاج الى الاعادة **قوله** وتبطل الوكالة بموت الموكل قد تقدم ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل من غير توقف على رضاء احد ومنها مالا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب

ففي الاول تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضا من الجانبين وههنا ليس كذلك لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها وكل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد في ذلك من قيام الامر فكذا في ما هو بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لم تنعقد منهم ابتداء ونوقض بالبيع بالخيار فانه غير لازم ويتقرر بالموت واجيب بان الاصل في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل وفي الثاني لا يبطل فلا تبطل في صورة تسليط العدل على بيع الرهن وفي ما اذا جعل امر امرأته بيدها لان التوكيل في هذا النوع صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء الامر وكلام المصنف رح عن بيان التقسيم ساكت وهو مما لا بد منه والجنون المطبق بكسر الباء هو الدائم وشرط الاطباق في الجنون لان قليله بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وهو رواية عن محمد رحمه الله وقال محمد رح آخرا حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا وقال المشائخ رحمهم الله الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته جائزة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير ان كون تصرف المرتد موقوفا

موقوفا او نافذا في باب احكام المرتدين وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل وكيل حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لاتوثر في عقودها لانها لا تقبل ما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل اي بالتزويج من الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل تثبت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد **قوله** واذا وكل المكاتب ثم عجزا والعبد الماذون له ثم حُجر عليه وكان التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة علم بذلك الوكيل اولم يعلم * واذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما لم يله بنفسه فافترقا فكذلك لماذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولافرق بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واما اذا وكل المكاتب او الماذون له بقضاء الدين او التقاضي فانها لا تبطل بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم اولا يعلم جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط ولقائل ان يقول هذا لا يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفرق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل في ما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل في ما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لاغير وقد بطلت بفسخ الشركة فتبطل في حقهما جميعا واذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع شيء من شركتهما جاز عليه

وعلى صاحبه استحسانا لان كلا منهما في حق صاحبه كوكيل مأذون بالتوكيل لتحصيل ما هو المقصود وهو الربح فانه قد لا يحصل بتصرف واحد حصوله باثنين وكلام المصنف رح ساكت عن التفصيل في المسئلتين جميعا كما ترى وفيه ما فيه * وقد اوّل بعض الشارحين كلام القدوري في افتراق الشريكين بان المراد به هو الوكالة التي كانت في ضمن عقد الشركة فانهما اذا افترقا بطلت الشركة المتضمنة لها فبطل ما كانت في ضمنها هذا على تقدير صحته يختص بمسئلة الشركة لا غير * على انه مخالف لعبارة الكتاب **قوله** واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فيها من جانب الوكيل فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد موته وجنونه والامر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذي كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا ان للدوامه حكم الابتداء وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له ان يتصرف في ما وكل به الا ان يعود مسلما قال المصنف رح هذا عند محمد رح واما عند ابي يوسف رح فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد رح ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع ومعناه ان الوكيل كان ممنوعا شرعا ان يتصرف في شيء لموكله فاذا وكله رفع المانع واما ان يحدث فيه اهلية وولاية فليس كذلك فانه يتصرف بمعان قائمة به وهي العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة له والاطلاق باق من جهة الموكل بعد عروض هذا العارض وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين فان زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا وهذا ينزع الى تخصيص العلة ومخلصه معروف ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ ومعناه ان التوكيل تمليك ولاية التنفيذ فان الوكيل يملك تنفيذ تصرف على موكله بالوكالة وولاية التنفيذ بالملك اي تمليك ولاية [illegible] واصحه [illegible] الملك [illegible] ذلك غير متحقق فكان الوكيل مالكا للتنفيذ [illegible] [illegible] بطل [illegible] قال [illegible] لحوقه بالاموات فصار كسائر املاكه واذا بطل [illegible]

بطلت الولاية واذا بطل الولاية بطل التوكيل لئلا يتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت
فلا تعود كملكه في المدبر وام الولد واشار بقوله لحق بالاموات الى ان فرض المسئلة في ما اذا
قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا *
بقي الكلام في قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه
وهو قوله انه اثبات ولاية التنفيذ الا ان يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل
التصرف وولاية التنفيذ والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله
وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شيء سوى التوكيل فكانت ثابتة به ولو عاد الموكل
مسلما بعد القضاء بلحاقه بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد رح
انها تعود كما قال في الوكيل لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه
وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه
الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته والفرق له
على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه
وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف رح سوى في عدم
العود بين الفصلين ولعل ايراد هذه المسئلة عند عروض العوارض المذكورة للموكل
كان انسب لكن لما ذكر العود ههنا جوز ذكرها في هذا الموضع **قوله** ومن وكل آخر بشيء
ثم تصرف فيه بنفسه في ما وكل به ومن وكل آخر بشيء من الاثباتات او الاسقاطات
ثم تصرف فيه بنفسه بطلت الوكالة فاذا وكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه
بطلت كذا لو وكله بتزويج امرأة معينة ثم تزوجها بنفسه حتى لو ابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه لانقضاء الحاجة بخلاف ما لو تزوجها الوكيل فابانها فان له ان يتزوجها
لموكله لبقاء الحاجة وكذا لو وكله بشراء شيء بعينه فاشتراه بنفسه حتى لو باعه ثم اشتراه
المامور للآمر لم يجز وكذا لو وكله بطلاق امرأته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة وانقضت

عدتها بطلت ولم يكن للمامور ان يطلقها وانما قيد بقوله ثلثا او واحدة وانقضت عدتها لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها بنفسه واحدة او ثنتين بائنة كانت او رجعية فان له ان يطلقها مادامت في العدة والاصل فيه ان ماكان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله كذلك وكذا اذا وكل بالخلع فخالعها **قوله** لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة متعلق بجميع ما ذكر ومبناه انقضاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه بطلت فلو رد عليه بعيب بالقضاء فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقيد بقوله بقضاء وفي الان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير قضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لانه كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراه ابتداء وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الامر باق والعجز قد زال والامتناع كان بعجز الوكيل وقد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لان الموكل مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب *

* كتاب الدعوى *

لما كانت الوكالة بالخصومة لاجل الدعوى ذكر الدعوى عقيب الوكالة * وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء ما تقدم وهي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطي المعاملات لان المدعى به اما ان يكون راجعا الى النوع او الشخص وشرطها حضور خصم ومعلومية المدعى به وكونه ملزما على الخصم * فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان المدعى به مجهولا لعدم امكان القضاء * وان ادعى انه وكيل هذا الحاضر وهو منكر كذلك لامكان ...

في الحال وحكم الصحيحة منها وجوب الجواب على الخصم بالنفي او الاثبات * وشرعيتها ليست لذاتها بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها * وفي دلالة الكتاب والسنة على شرعيتها كثرة **قوله** المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اي الدعوى لا تحصل الا من مدع على مدعى عليه فمعرفة الفرق بينهما من اهم ما تبتني عليه مسائل الدعوى فان النبي عليه الصلوة والسلام قال البينة على المدعي واليمين على من انكر فلابد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشائخ فيه فمنها ما قال في الكتاب يعني القدوري المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة يعني البينة او الاقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع اذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح لان المدعى عليه من دفع استحقاق غيره وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وبمعناه قول من قال المدعي كل من ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا والمدعى عليه من ادعى ظاهرا وقرارا الشيء على هيئته والظاهر كون الاملاك في يد الملاك وبراءة الذمم فالمدعي هو من يريد ازالة الظاهر والمدعى عليه من يريد قراره على ما كان عليه * ولعله منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول لرب الدين لان المديون يدعي براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه مدع ويتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قوله عليه الصلوة والسلام اليمين على من انكر وروي اليمين على المدعى عليه لكن الشان في معرفة من انكر والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا

(كتاب الدعوى)

يعني اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الاخرى يكون بالفقه اي يكون باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول قوله مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه فاذا قدم البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه **قوله** ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره وقد ذكرنا ان معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما يعلم به من بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وقدره مثل كذا كذا درهما او دينارا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه كلف احضاره الى مجلس الحكم للاشارة اليها في الدعوى والشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر الاوصاف فان اشتراك شخصين فيها ممكن فاذا حضر شخص عند حاكم وقال لي على فلان كذا درهما مثلا اشخص اليه لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم فعلوا كذلك فيجب على المطلوب حضوره في مجلس الحكم وعلى هذا الفقهاء من اولهم الى آخرهم اي اجمعوا والاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب فاذا حضر وجب عليه الجواب بالاقرار او الانكار بعد حضوره ولزم عليه احضار المدعى به لما قلنا من الاشارة اليها ولزم عليه اليمين اذا انكر وعجز المدعي عن اقامة البينة وسنذكره اي وجوب اليمين عليه في آخر هذا الباب **قوله** وان لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها يعني اذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدرى مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها لتصير المدعى به معلوما اذ ذكر الوصف ليس بكاف لان العين لا تعرف بالوصف وان

وان بولغ فيه لامكان المشاركة فيه كما مر فذكره في تعريفها غير مفيد والقيمة شيء تعرف به العين فذكرها يكون مفيدا او قوله وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله لان العين لا تعرف بالوصف يعني والحال ان المشاهدة تعذرت واغلاق تركيبه لايخفى وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة بناء على ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك المستهلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فانه صحح الصلح عن المغصوب على اكثر من قيمته فلو لم تكن عين المستهلك ملكا له لما جاز ذلك لكون الواجب حينئذ في ذمة المستهلك قيمة المغصوب وهي دين في الذمة والصلح على اكثر من جنس الدين لايجوز واذا كان كذلك لابد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي فلابد من ذكر الانوثة والذكورة * ومن المشائخ رح من ابى ذلك لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة الى ذكر الذكورة والانوثة **قوله** فاذا ادعى عقارا حدده اذا كان المدعى به عقارا فلابد من ثلثة اشياء تحديده وذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به اما الاول فللاعلام باقصى مايمكن فيه وذلك انما يكون بذكر البلدة ثم الموضع الذي هو فيه ثم بذكر حدوده لانه لما تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل صير الى ذلك للتعريف ولابد من ذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم الا اذا كان معروفا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى رحمهما الله فانه يستغنى عن ذكرها ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رح على ما عرف هو الصحيح فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر ومن هذا يعلم ان ذكر الاثنين لايكفي بخلاف ما اذا غلط في الحد الرابع وانث في الكتاب باعتبار الجهة لانه يختلف به اي بالغلط في الحد المدعى به ولا كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لايجوز شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الجواب يبطل قياس زفر رح

الترك على الغلط وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة واما الثاني فلابد منه
لانه انما ينتصب خصما اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق
المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهدوا انهم عاينوا انه في يده
حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد
من ذلك او يعلم القاضي انه في يده نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون في يد غيرهما
وهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم
القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف
في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول
فان اليد فيه مشاهدة واما الثالث فلان المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه وفي عبارته تسامح
لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة
مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون
مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة تزول هذه الاحتمالات وعن هذا اي
بسبب هذا الاحتمال قال المشائخ رحمهم الله في المنقول يجب ان يقول وهو في يده
بغير حق لان العين في يد ذي اليد في هاتين الصورتين بحق وان كان المدعى به دينا
في الذمة ذكر المدعي انه يطالبه به لما بينا يعني قوله لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وهذا
لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لان قال
ذهبا ووصفه فان كان مضروبا يقول كذا كذا دينارا او درهما جيدا او رديئا او وسطا اذا
كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا حاجة الى ذلك وفي الجملة
لا بد في كل جنس الاعلام باقصى ما يمكن به التعريف **قوله** واذا صحت الدعوى
اذا صحت الدعوى بشروطها سأل القاضي المدعى عليه عنها ليكشف الوجه الحكم
لانه داعي وجه من اما ان يكون امرا بالخروج عما لزمه بالحجة او يصير ما هو معرضا ان

ان يصير حجة وذلك لانه اما ان يعترف بما ادعاه او ينكر فان كان الاول فالحكم فيه ان يأمره بان يخرج عما اقر به لان الاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على قضاء القاضي لكمال ولاية الانسان على نفسه فكان الحكم من القاضي امرا بالخروج عن موجب ما اقر به ولهذا قالوا اطلاق الحكم توسع * وان كان الثاني فالحكم فيه ان يجعل القاضي الشهادة المحتملة للصدق والكذب التي هي معرضة ان يصير حجة اذا قضى القاضي بها حجة في حق العمل مسقطا احتمال الكذب فيها فاذن لا بد من السؤال ليكشف له احد الوجهين فاذا سأل فان اعترف به يأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل عليه السلام ورتب اليمين على فقد البينة فان احضرها قضى بها عليه لانتفاء التهمة عن الدعوى انرجح جانب الصدق على الكذب وان عجز عنها وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا بردد بدواه عليه السلام لك يمينه ولا بد من طلب الاستحلاف لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام في قوله لك يمينه * قيل انما جعل يمين المنكر حق المدعي لانه يزعم ان خصمه اتوى حقه بانكاره فالشرع جعل له حق استحلافه حتى اذا كان الامر كما زعم فاليمين الغموس مهلكة لخصمه فيكون اتواء بمقابلة اتواء وهو مشروع كالقصاص وان كان الامر بخلاف ما زعم فالمدعى عليه ينال الثواب بذكر اسم الله صادقا * ثم انما رتبت اليمين على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي لما ادعاه لان فيه اساءة الظن بالآخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فاوقد مما اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا قامة البينة مشروعة بعد اليمين فمن الجائز اقامتها بعدها وفي ذلك افتضاحه باليمين الكاذبة وفيه نظر *

* باب اليمين *

لما ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة باليمين **قوله** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة اذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف وهو قوله عليه السلام لك يمينه فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رح ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا من قوله عليه السلام المدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعد ما عجز المدعي عن البينة فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم ومحمد رح مع ابي يوسف رح في ما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رح في ما ذكره الطحاوي ولا يرد اليمين على المدعي لانه عليه السلام قسم بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لانها تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضيه **قوله** وجعل جنس الايمان على المنكرين في قوله عليه السلام واليمين على من انكر وليس وراء الجنس شيء استدلال آخر بالحديث وفيه خلاف الشافعي رح وسيأتي **قوله** ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق لانه مدعى عليه وليس عليه البينة لما روينا * وقيد بالملك المطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ احدهما اسبق فان في هذه الصور تقبل بينة ذي اليد بالاجماع فان قيل اذا انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم الا ان ذا اليد يدعي ما ادعاه من الزيادة والنتاج والقبض وسبق التاريخ فهو من تلك الجهة مدعي والبينة بينة المدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لانه انكر ذلك مدعيا قلت لا لان اليمين انما يجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا

وههنا لم يعجزوا ذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في الملك المطلق فبينة الخارج اولى لعدم زيادة تصير بها ذو اليد مدعيا وقال الشافعي رح يقضي ببينة ذي اليد لانها اعتضدت باليد والمعتضد اقوى فصار كما اذا اقاماها على نتاج دابة وهي في يد احدهما او اقاماها على نكاح ولاحدهما يد فانه يقضي لذي اليد وصار كدعوى الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذو اليد اولى من بينة الخارج على العتق وكذلك في دعوى الاستيلاد او التدبير قلنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا يعني في علم القاضي واظهارا يعني في الواقع فان بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد لان اليد دليل مطلق الملك فبينته لا يثبته لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فانها تثبت الملك او تظهره وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى لتوفر ما شرعت البينات لاجله فيه فان قيل بينة الخارج تزيل ما ثبت باليد من الملك فبينة ذي اليد تعيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بانها ليست بموجبة بنفسها حتى تزيل ما ثبت باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور فلا يكون بينته مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتاسيس اولى من التاكيد بخلاف النتاج والنكاح لان اليد لا تدل على ذلك فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجح احدهما باليد فان قيل كان الواجب ان يكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا لانها تثبت اليد والنتاج وبينة ذي اليد تثبت النتاج لا غير اجيب بان بينة النتاج لا توجب الا اولية الملك وهما تساويا في ذلك وترجح ذو اليد باليد فيقضى له **قوله** وكذا على الاعتاق واختيه اي اليد لا تدل على الاعتاق والاستيلاد والتدبير فتعارضت بينة الخارج وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد **قوله** وعلى الولاء الثابت بها اي بالاعتاق والاستيلاد والتدبير معناه ان البينتين في الاعتاق واختيه تدلان على الولاء اذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما

وهما قد استويا في ذلك وترجح صاحب اليد بحكم يده **قوله** واذا نكل المدعى عليه عن اليمين واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضى الحاكم عليه بالنكول والزمه ما ادعاه عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به عليه بل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى به وان نكل انقطعت المنازعة لان نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ويحتمل اشتباه الحال وما كان كذلك لا ينتصب حجة بخلاف يمين المدعي لانه دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رح او مقرا ان كان اقرارا كما هو مذهبهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين الصادقة اقامة للواجب لانها واجبة عليه بقوله عليه السلام واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب اي جانب كونه باذلا ان تورع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير واعترض بان الالزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس لان الله تعالى قال وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فالقضاء بالنكول مخالفة وقال عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الابتداء لكون الظاهر شاهدا له فبنكوله صار الظاهر شاهدا للمدعي فيعود اليمين الى جانب المدعي ولهذا بدأ في اللعان بالايمان من جانب الزوج لشهادة الظاهر فان الانسان لا يلوث فراشه كاذبا وان كان مدعيا واجيب بان الكتاب والسنة ليس فيهما ما يدل على نفي القضاء بالنكول لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه والاجماع دل على جوازه فانه روي اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك وما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه فقد روي عنه خلاف ذلك روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال له ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال علي رضي الله عنه

عنه قالون وهو بلغة اهل الروم اصبت وان اثبت الاجماع بطل القياس على ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فكان معنى اليمين فيها غير مقصود فلا يجوز ان يكون النكول لاشتباه الحال لان ذلك يقتضي الاستمهال من القاضي لينكشف الحال لا رد اليمين فان رد اليمين لا وجه له لما قدمنا في قوله ولا يرد اليمين على المدعي **قوله** وينبغي للقاضي ان يقول له وينبغي للقاضي ان يقول للمدعى عليه اني اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء لعدم دلالة النص على ذلك فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول وهذا اولى من قوله لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي رح خلافا فيه لما مر غير مرة * ثم العرض ثلث مرات اولى ليس بشرط لجواز القضاء بالنكول بل المذهب فيه انه لو قضى به بعد العرض مرة جاز لما قدمنا ان النكول بدل او اقرار وليس التكرار بشرط في شيء منهما والخصاف ذكره لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار فصار كامهال المرتد ثلثة ايام فانه اولى وان قتل بغير امهال جاز لان الكفر مبيح وقوله هو الصحيح احتراز عما قيل لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ لانه اضعف من البذل والاقرار فيشترط فيه التكرار وصورة ذلك ان يقول القاضي احلف بالله ما لهذا عليك ما ادعيه وهو كذا وكذا ولا شيء منه فان نكل يقول له ذلك ثانيا فان نكل يقول بقيت الثالثة ثم اقضي عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا فان نكل قضى عليه بدعوى المدعي **قوله** واذا كانت الدعوى نكاحا اذا ادعى رجل على امرأة انه تزوجها وانكرت او بالعكس او ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة انه راجعها في العدة وانكرت او بالعكس او ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس او ادعى على مجهول انه عبده او ادعى المجهول ذلك او اختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة او الموالاة او ادعى على رجل انه ولده او والده او ادعت على مولاها انها ولدت منه وهذه لا تتحقق الا من جانب الامة

لان المولى اذا ادعى ذلك يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها او ادعت المرأة على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج او ادعى على رجل ما يوجب الحد وانكره فانه لا يستحلف في هذه كلها عند ابي حنيفة رح وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار السابق لما ذكرنا يعني قوله اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فان فيها تحصيل الثواب باجراء ذكر اسم الله تعالى على لسانه معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء ماله على ملكه فلولا هو كاذب في يمينه لما ترك هذه الفوائد الثلاث والاقرار يجري في هذه الاشياء فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان حجة في ما لا يندرئ بالشبهات فلا يجري في الحدود واللعان في معنى الحد فلا يجري فيه ايضا * وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي فانكر لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الآخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط ان الرجل اذا قال تكفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضي عليه بالنكول لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضي به والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد انقطعت وان انكر لم تنقطع الا باليمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار قطع الخصومة فالنقوض المذكورة ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعي ولابي حنيفة رح ان

ان النكول بذل وهو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم لان اليمين لا تبقى واجبة مع النكول وما كان كذلك فهو اما بذل او اقرار لحصول المقصود به لكن انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار السابق والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه اذا قال مثلا انا حر وهذا الرجل يوذيني فدفعت اليه نفسي ان يسترقني او قال انا ابن فلان ولكن ابحت لهذا ان يدعي نسبي او قالت انا لست بامرأته لكن دفعت اليه نفسي وابحت له الامساك لا يصح * وعليه نقوض الاول انه لو كان بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادى بقضاء كما لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى الثاني لو كان بذلا كان ايجابا في الذمة ابتداء وهو لا يصح الثالث ان الحكم واجب على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا الرابع ان العبد الماذون يقضى عليه بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان بذله باطل الخامس يقضى بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي لان البذل لا يعمل فيها * والجواب عن الاول ان بدل الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى فاما ههنا فالمدعي يقول انا آخذ هذا بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وعن الثاني بان عدم الصحة ممنوع بل هو صحيح كما في الحوالة وسائر المدايانات وعن الثالث بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يوجبه بل هو موجب قطعا للمنازعة وعن الرابع انا لا نسلم عدم صحة البذل من الماذون بما دخل تحت الاذن كاهداء الماكول والاعارة والاضيافة اليسيرة ونحوها وعن الخامس انا لا نسلم ان البذل فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها آكلة لم يأثم بقطعها وفي ما نحن فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين وله ولاية الاحتراز عن اليمين لا يقال ابو حنيفة رح ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر

بالرأي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رح لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين
فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور
لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود **قوله** وفائدة الاستحلاف يعني ان البذل في هذه
الاشياء لا يجري ففات فائدة الاستحلاف لان فائدته القضاء بالنكول والنكول بذل
والبذل فيها لا يجري فلا يستحلف فيها لعدم الفائدة وقوله الا ان هذا بذل جواب سوال
مقدر تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد الماذون لان فيه معنى التبرع وهما لا يملكانه
وقد ذكرنا وجهه آنفا انهما يملكان مالا بد له من التجارة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك
وقوله وصحته في الدين جواب عما يقال انه لو كان بذلا لما جرى في الدين لانه وصف
في الذمة والبذل لا يجري فيه ووجه ذلك ان البذل في الدين ان لم يصح فاما ان يكون
من جهة القابض او من جهة الدافع فان كان الاول فلا مانع ثمه لانه يقبضه حقا لنفسه بناء
على زعمه وان كان الثاني فالمراد به ههنا اي في الدين ترك المنع وجاز له ان يترك المنع
فان قيل فهلا جعل في الاشياء السبعة ايضا تركا للمنع حتى يجري فيها اجيب بان امر المال
هين تجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فان امرها ليس بهين حيث لا تجري فيها
الاباحة وجعله ههنا ترك المنع وفي قوله الا ان هذا بذل لدفع الخصومة غير الترك *
وفي ذلك تسامح في العبارة والذي ذكرناه في مطلع البحث من تعريفه وهو قولنا قطع الخصومة
بدفع ما يدعيه الخصم لعله اولى **قوله** ويستحلف السارق اذا كان مراد المسروق منه
اخذ المال يستحلف السارق بالله ما له عليك هذا المال لانه يثبت بالشبهات فجاز ان يثبت
بالنكول وعن محمد رح انه قال القاضي يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع
يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمين وان قال اريد المال يقول له
دع دعوى السرقة وانهض على دعوى المال قال المصنف رح فان نكل ضمن ولم يقطع
لان المنوط بهما يوجد به النكول شيئان الضمان ويعمل النكول فيه والقطع وهو لا يثبت به

به فصاركما اذا شهد عليه رجل وامرأتان يريد بذلك اشتمال الحجة على الشبهة ويجوز ان يراد بقوله بفعله فعل السرقة واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول بها استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لاسيما اذا كان المقصود هو المال فان قلت هل في تخصيص ذكر الطلاق قبل الدخول فائدة قلت هي تعليم ان دعوى المهر لايتفاوت بين ان يكون في كل مهر اونصفه وفيه نظر لان الاطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح فان قلت وجب ان يثبت النكاح ايضا لانه يثبت بالشبهات قلت البذل لا يجري فيه كما تقدم وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث بان ادعى رجل على رجل انه اخو المدعى عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه اوطلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الاخوة فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضي بالمال والنفقة دون النسب وكذا اذا ادعى الحجر في اللقيط بان كان صبي لايعبر عن نفسه في يد ملتقط فادعت اخوته حرة تريد قصر يد الملتقط بحق حضانتها وارادت استحلافه فنكل يثبت لها الحجر دون النسب * وكذا اذا وهب لانسان عينا ثم اراد الرجوع فيها فقال الموهوب له انت اخي يريد بذلك ابطال حق الرجوع يستحلف الواهب فان نكل يثبت امتناع الرجوع ولايثبت الاخوة **قوله** لان المقصود هذه الحقوق دليل المجموع اي دون النسب المجرد فان فيه تحميله على الغير وهولايجوز ولهذا انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة دون الابن لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير واما المولى والزوج فان دعواهما يصح من الرجل والمرأة اذليس فيه تحميل على احد فيستحلف وهذا بناء على ان النكول بدل من الاقرار فلايعمل الا في موضع يعمل فيه الاقرار **قوله** ومن ادعى قصاصا على

غيره فجحده ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس للمدعي بينة يستحلف المدعى عليه
بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او في ما دونها ثم ان نكل عن اليمين لزمه
في ما دون النفس القصاص وفي النفس يحبس حتى يقر او يحلف عند ابي حنيفة رح
وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب
به المال اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه خاصة كما اذا اقر بالخطاء
والولي يدعي العمد وفي ما نحن فيه كذلك لانه لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطاء
واما اذا كان الامتناع من جانب من له كما اذا اقام على ما ادعى رجلا وامرأتين
او الشهادة على الشهادة فانه لا يقضي بشيء لان الحجة قامت بالقصاص لكن تعذر استيفاؤه
ولم يشبه الخطاء فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى بين النفس وما دونها فان قيل
من اين وقع الفرق بين هذا والسرقة حيث يثبت المال فيها بعد انتفاء القطع بشهادة رجل
وامرأتين كما يجب بالنكول وههنا يثبت بالنكول دون الشهادة اجيب بان المال ثمه
اصل ويتعدى الى القطع واذا قصر لم يتعد فبقي الاصل وههنا الاصل المشهود به هو القصاص
لم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه وهو ان يكون مشروعا بطريق المنة للخصمين للقاتل
بسلامة نفسه والمقتول بصيانة دمه عن الهدر ولم يوجد في صورة الشهادة لعدم شبهها
الخطاء ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية
للنفس كالاموال فيجري فيها البذل الذي هو اباحة المال اذا قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان
[illegible] ذلك الا [illegible] حيث [illegible] البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل فانه
[illegible] لو كانت الاطراف
يسلك فيها مسلك الاموال [illegible]
[illegible] القطع
[illegible] النكول [illegible]

مفيد لاندفاع الخصومة به فيكون مباحا وفيه بحث من وجهين * احدهما انه مناقض لما قال في السرقة ان القطع لايثبت بالنكول * والثاني ان الخصومة تندفع بالارش وهو اهون فالمصير اليه اولى واجيب عن الاول بان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لانهم محتاجون اليها فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى وهو لايثبت بالشبهات وعن الثاني بان رفع الخصومة بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه وظهر مما ذكرنا ان البذل في الاطراف جائز فيثبت القطع به وفي الانفس ليس بجائز فيمتنع القصاص واذا امتنع في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا **قوله** واذا قال المدعي لي بينة حاضرة واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر فاما ان يكون المدعى عليه مقيما او مسافرا فان كان مقيما قيل له اعط كفيلا عن نفسك ثلاثة ايام فان فعل والا امر بملازمته اما جواز الكفالة بالنفس عندنا فقد تقدم واما جواز التكفيل فهو استحسان والقياس يأباه قبل اقامة الحجة ووجه ذلك ان الحضور بمجرد الدعوى مستحق عليه حتى لو امتنع عنه يعان عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره نظرا للمدعي وضرر المدعى عليه به يسير فيتحمل كالاعداء والحيلولة بينه وبين اشغاله واما التقدير بثلثة ايام فمروي عن ابي حنيفة رح من غير فرق بين الوجيه والخامل والخطير من المال والحقير منه هو الصحيح وروي عن محمد رح انه قال اذا كان معروفا فالظاهر انه لايخفي شخصه بذلك القدر لايجبر على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ وكذا اذا كان المدعى به حقيرا لايخفي المرء نفسه بذلك لايجبر عليه واما الامر بالملازمة فلئلا يضيع حقه فان قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لايكفل لعدم الفائدة لان الفائدة هو الحضور عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال والغائب كالهالك من وجه اذ ليس كل غائب يؤوب

وان كان مسافرا فبالكفالة والملازمة يقدران بمقدار مجلس القاضي اذ ليس فيه كثير
ضرر وفي الزيادة على ذلك زيادة ضرر لمنعه عن السفر وكيفية الملازمة سنذكرها في كتاب الحجر

* فصل في كيفية اليمين والاستحلاف *

لما فرغ من ذكر نفس اليمين والمواضع الواجبة هي فيها ذكر صفتها لان كيفية الشيء
وهي ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفة واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام
من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكلامه فيه ظاهر **قوله** ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق هو ظاهر الرواية وجوز ذلك بعضهم في زماننا لقلة مبالاة المدعى عليه باليمين
بالله لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه
شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه وابن صوريا بالقصر اسم اعجمي روي انه عليه السلام
رأى قوما مروا برجل وامرأة سخم وجههما فسأل عن حالهما فقالوا انهما زنيا فامر
باحضار ابن صوريا وهو حبرهم فقال انشدك اي احلفك بالله الذي انزل التوراة
على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا وذلك دليل على جواز تحليف اليهودي
بذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به
وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره وهو مدفوع وقال
الشافعي رح اذا كانت اليمين في قسامة او في لعان او في مال عظيم ان كان بمكة فبين
الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبي عليه السلام وفي بيت المقدس عند الصخرة
وفي سائر البلاد في الجوامع وكذلك يستحلف يوم الجمعة وبعد العصر وفيه ما مر من الحرج
على الحاكم **قوله** ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحده هذا نوع آخر
من كيفية اليمين وهو الحلف على الحاصل والسبب * والضابط في ذلك ان السبب
اما ان كان مما يرتفع برافع اولا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان
الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على

على الحاصل عند ابي حيفة ومحمد رحمهما الله وعلى السبب عند ابي يوسف رح
الا اذا عرض المدعي عليه برفع السبب مثل ما يقول عند قول القاضي احلف بالله
ما بعت ايها القاضي الانسان قد يبيع شيئا ثم يقال فيه فح يلزم القاضي الاستحلاف
على الحاصل هذا هو الظاهر ونقل عن شمس الايمة الحلواني ما عبر عنه بقوله وقيل
ينظر الى انكار المدعي عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف
على الحاصل فعلى الظاهر اذا ادعى العبد المسلم العتق على مولاه وجحد المولى
يحلف على السبب لعدم تكرره لانه انما يكون بتقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد
وهو بالنسبه الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد بخلاف العبد الكافر والامة مطلقا
فان الرق يتكرر عليه بنقض العهد واللحاق وعليها بالردة واللحاق واذا ادعت المبتوتة
النفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها يحلف على السبب
لانه لو حلف على الحاصل اصدق في دمينه في معتقده فينضرر المدعي فان قيل بالحلف
على السبب يتضرر المدعي عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة او سكت
عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعي اجيب بانه اولى بذلك لان القاضي
لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعي يدعي ما هو اصل لان الشرى اذا ثبت
ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم
الدليل على العارض واذا ادعى الطلاق او الغصب او النكاح او البيع يحلف عندهما
على الحاصل بالله ما هي بائن منك الساعة وما يستحق عليك رده وما بينكما نكاح قائم
او بيع قائم في الحال لان السبب مما يتكرر فبالحلف عليه يتضرر المدعي عليه وعند
ابي يوسف رح يحلف على السبب **قوله** ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف
على علمه وهذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم والبتات *والضابطة
في ذلك ان الدعوى اذا وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم وان وقعت

على فعل المدعى عليه كان على البتات ونوقض بالرد بالعيب فان المشتري اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت ذلك في يد نفسه وادعاه في يد البائع واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق وما سرق مع انه على فعل الغير وبالمودع اذا ادعى قبض صاحب الوديعة فانه يحلف على البتات والقبض فعل الغير وبالوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر ان الموكل قبض الثمن وانكره الموكل يحلف الوكيل بالله قبض الموكل وهو فعل الغير * وعن هذا ذهب بعضهم الى ان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا قال المدعى عليه لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك حلف على البتات وفي صور النقض يدعي العلم فكان الحلف على البتات وتخريجها على الاول ان في الرد بالعيب ضمن البائع بتسليم المبيع سليما عن العيب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه وفي الباقيتين الحلف يرجع الى فعل نفسه وهو التسليم لا الى فعل غيره وهو القبض * واذا ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل الارث كذلك اجيب بان معنى قوله سبب اختياري باشره بنفسه فيعلم ما صنع **قوله**

ومن ادعى على آخر مالا فافتدى عن يمينه او صالحه منها على شيء من المال المدعى به او اقل جاز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوائد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى عن يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان رضي الله عنهما

عنهما انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان رضي الله عنه فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله عنهما انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان رضي الله عنه عند ذلك ما قاله * فيكون دليلا للشافعي رح على جواز رد اليمين على المدعي والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان رضي الله عنه وبه يقول * ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظة الفداء والصلح ليس له ان يستحلف بعد ذلك لانه اسقط حقه بخلاف ما اذا اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال والله اعلم بالصواب

* باب التحالف *

راعى الترتيب الطبيعي فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبع واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى المشتري انه اشتراه بمائة وادعى البائع انه باعه بمائة وخمسين او اعترف البائع بان المبيع كر من الحنطة وقال المشتري هو كران فمن اقام البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها لانها توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض بينهما في الزيادة فمثبتها كان اكثر اثباتا ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فقال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعتها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشتري بمائة دينار وقيل هذا قول ابي حنيفة رح آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رح يقضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا * وان كان الاختلاف في جنس الثمن كما لو قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة فهي لمن لا اتفاق على قوله وهو البائع لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع

فبينته على حقه اولى بالقبول وان لم يكن لهما بينة يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى
بالثمن الذي يدعيه البائع والا فسخنا البيع ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان
بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر
وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكرها والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقده والبائع ينكره فكل منهما منكر واليمين
على من انكر بالحديث المشهور فتحالفا فاما بعد القبض فعلى خلاف القياس لان المشتري
لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها
فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا واعلم انه [illegible] ان يقول هذا الحديث مخالف المشهور
فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهور او يتعارضان ولا ترجيح
ويبدأ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف رحمهما الله آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة رح
وهو الصحيح دون ما قال ابو يوسف رح انه يبدأ بيمين البائع لان المشتري اشدهما
انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن وهو البادي بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار
دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو [illegible] لما تقدم في الانكار تقدم في الذي
يترتب عليه اولا فائدة النكول يعجل [illegible] وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع
تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا
يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وابو الحسن في جامعه انه رواية عن ابي حنيفة رح
وهو قول زفر رح [illegible] الاستدلال
[illegible] عليه السلام [illegible]
[illegible]

اوصفا يبدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما **قوله** وصفة اليمين ذكر في الاصل صفة
اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال
في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه
بالفين وقد اشتراه بالف بضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان وضعت للنفي كالبينات للاثبات دل على ذلك حديث القسامة بالله ما قتلتم
ولا علمتم له قاتلا وفيه نظر لان ذلك لاينافي التاكيد وان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما
اذا طلباه او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلابد من الطلب وهذا يدل على انه لا ينفسخ
بنفس التحالف بل لابد من الفسخ لانه لما لم يثبت مدعى كل منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه
الحاكم قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ
فلما لم يفسخ كان قائما قال في المبسوط حل للمشتري وطئ الجارية اذا كانت المبيعة
وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فصحة البدل في الاعواض
واذا كان باذلا لم يبق دعواه معارضة لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته لعدم المعارض **قوله** واذا
اختلفا في الاجل واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن
فلا تحالف بينهما والقول قول البائع * وقال زفر والشافعي رحمهما الله يتحالفان لان الاجل جار
مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب
التحالف فكذا هذا ولنا ان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما
لا يوجب التحالف وهذا لان التحالف وردفيه النص عند الاختلاف في ما يتم به العقد والاجل
وراء ذلك كشرط الخيار في ان العقد بدونهما لا يختل فلم يكن في معنى المنصوص عليه
حتى يلحق به فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف الاختلاف في
وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم والدنانير حيث يكون الاختلاف
فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن

لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل فانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن
موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط
واذا لم يكونا وصفين ولا راجعين اليه كانا عارضين بواسطة الشرط والقول لمن ينكر
العوارض والحكم باستيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به قيام العقد
لبقاء ما يحصل ثمنا * ولو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك لكنه لم يذكره لكونه
مفروغا عنه باعتبار انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوي * واذا اتفقا في الاجل واختلفا
في مضي الاجل فالقول للمشتري لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه **قوله** فان هلك
المبيع في يد المشتري او خرج عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب ثم اختلفا
لم يتحالفا عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري مع يمينه وقال محمد
والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك لان الدلائل الدالة
على التحالف لا تفصل بين كون السلعة قائمة او هالكة اما الدليل النقلي فهو قوله عليه السلام اذا
اختلف المتبايعان تحالفا وترادا ولا يعارضه ما في الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة
لانه مذكور على سبيل التنبيه اي تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك تميز
الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال متأت ولا كذلك بعد الهلاك فاذا
جرى التحالف مع امكان التمييز فمع عدمه اولى واما العقلي فما ذكره في الكتاب
ان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره فيتحالفان كما
في حال قيام السلعة فان قيل قياس فاسد لانه حال قيامهما يفيد الترادّ ولا فائدة له
بعد الهلاك اجاب بقوله وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع
عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت
الزيادة [illegible] فكان مفيدا كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة [illegible]
احد [illegible] بالدراهم والآخر بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي

وابي يوسف رحمهما الله ان الدليل النقلي والعقلي يفصل بينهما فلحاق احدهما بالآخر
جمع بين امرين حكم الشرع بالتفريق بينهما وذلك فساد الوضع * أما الاول فلان
قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر يوجب اليمين على المشتري
خاصة لانه المنكر في هذه الصورة بخلاف ما قبل القبض كما تقدم وكذلك قوله عليه السلام
والسلعة قائمة ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود
بل هو كالتاكيد والتاسيس اولى * على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا
على سبيل الشرط * واما الثاني فلان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به حال قيام السلعة لما ذكرنا فلا يتعدى الى غيره
فان قيل فليكن ملحقا بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال القيام يفضي
الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما برد رأس ماله بعينه اليه ولا كذلك
بعد هلاكها الا يرى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف فليس في معناه
فبطل الالحاق بالدلالة ايضا **قوله** ولانه لا يبالي جواب عن قولهما ان كل واحد منهما
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن
لا يضرنا في ما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر وههنا ليس
كذلك لان مقصود المشتري وهو تملك المبيع قد حصل بقبضه وقد تم بهلاكه وليس
يدعي على البائع شيئا ينكره ليجب عليه اليمين ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا
بيعا وهبة فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود لاختلاف السبب واجيب
عن الاول بثبوته بالنص على خلاف القياس وعن الثاني بانه على الاختلاف والمذكور
في بعض الكتب قول محمد رح وقوله وانما يراعي جواب عن قولهما وانه يفيد زيادة
دفع الثمن ومعناه ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات العقد وما ذكرتم
ليس منها فانه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف

ليس من موجبات العقد فلا يترك به ما هو من موجباته وهو ما ذكرنا من ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على خلاف القياس وهذا اي هذا الاختلاف اذا كان الثمن دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن **قوله** فان هلك احد العبدين ثم اختلفا اذا باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك احدهما ثم اختلفا في الثمن فقال البائع بعتهما منك بالفي درهم وقال المشتري اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي وحده ولا شيء له واختلاف هاتين الروايتين في اللفظ لا يخفى * واختلف المشائخ رحمهم الله في توجيه قوله ان يترك حصة الهالك وقوله ان ياخذ الحي وحده ولا شيء له وفي مصرف الاستثناء في الروايتين جميعا * قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور في الكلام فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان * والمراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي وحده ولا شيء له ان لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم * وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشتري مع يمينه الا ان يرضى البائع ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا على ما اقر به المشتري وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه اذا اخذ البائع بقول المشتري وصدقه لا يحلف المشتري * وكلام المصنف رحمه الله

الى ان اخذ الحي لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل
بطريق تصديق المشتري في قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام
انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما * قيل والصحيح هو الثاني لان البائع لا يترك
من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشتري انما يترك دعوى الزيادة وقال ابو يوسف رح
يتحالفان في الحي فيفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقوله
في تحرير المذاهب يتحالفان في الحي ليس بصحيح على ما سيأتي وقال محمد رح
يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة
لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى والجواب ان هلاك البعض محوج الى
معرفة القيمة بالحرز وذلك مجهل في المقسم عليه فلا يجوز ولابي يوسف رح ان امتناع
التحالف للهلاك فيقدر بقدره والجواب لابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف
القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض
فلا يتعدى اليه ولا يلحق به بالدلالة لانه ليس في معناه من كل وجه لان التحالف
في القائم لا يمكن الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحرز
والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ويفطن مما ذكرنا
ان احد الدليلين المذكورين في المتن لاثبات المدعى بنفي القياس * وفيه اشارة الى الجواب
عن مسئلة الاجارة فان القصار مثلا اذا اقام بعض العمل في الثوب ثم اختلفا في مقدار
الاجرة ففي حصة العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان
بالاجماع فكان استيفاء بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند ابي حنيفة رح
ايضا دون هلاك احد العبدين وبيان ذلك ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ
بالهلاك في البعض تعذر في الباقي واما الاجارة فهي عقود متفرقة متجددة فكل جزء
من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة فبتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر في الباقي والثاني

بنفي الالحاق بالدلالة * وفيه اشارة الى الجواب عن قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
كما ذكرناه ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم وهو قوله وصفة
اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الى آخره وانما لم يختلف صفة التحالف عنده
في الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف فاذا لم يتفقا وحلفا ثم ادعى
احدهما او كلاهما الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
والقول في القيمة قول المشتري لان البائع يدعي عليه زيادة قيمة وهو ينكر كما لو اختلفا في قيمة
المغصوب واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رح فمنهم من قال يتحالفان على القائم
لاغير لان العقد يفسخ في القائم لا في الهالك * وهذا ليس بصحيح لان المشتري لو حلف بالله
ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع حلف فكان صادقا ولذا لو حلف
البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق ولا يفيد التحالف
والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى
البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم
المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة
تجب اذا انفسخ العقد والعقد في الهالك لم ينفسخ عنده ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض
يعني يقسم الثمن الذي اقر به المشتري على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما
يوم القبض فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت واحدة يجب على المشتري
نصف الثمن الذي اقر به المشتري وسقط عنه نصف الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض
كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك كانت على النصف من قيمة القائم
يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في ذلك فقال المشتري كانت
قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول

فالقول للبائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك
والبائع ينكره وطولب بوجه تعين قيمته يوم القبض دون القيمة في يوم العقد والمبيع
يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام الثمن دل على ذلك مسائل الزيادات قال محمد رح
قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت
مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هما صار مقصودا
بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وقال ظهير الدين هذا اشكال هائل
اوردته على كل قوم نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي تخايل لي بعد طول
التجشم ان في ما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وفي ما
نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ في ما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي
منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر
اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون
بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ فيه كما هو مذهب محمد رح حتى قال يضمن المشتري
قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك
يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض هذا ما قاله صاحب النهاية وغيره من الشارحين
واقول الاصل في ما هلك وكان مقصودا بالعقد ان يعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد
ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر ح قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو مقبوض على
جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم القبض وفي ما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ
العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة
غير مفسوخ نظرا الى وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة
من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ * فايهما اقام
البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا

ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشتري زيادة في قيمة القائم لانها ضمنية والاختلاف المقصود هو ما كان في قيمة الهالك * ثم ذكر المصنف رح ما هو على قياسه من بيوع الاصل وهو ظاهر مما ذكرنا وذكر الفقه في ان القول ههنا قول البائع والبينة ايضا بينته مع ان المعهود خلاف ذلك اذ البائع اما ان يكون مدعيا او مدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثاني فعليه اليمين اذا انكر فالجمع بينهما جمع بين المتنافيين * وذلك ان كلا من اليمين والبينة يبتنى على امر جاز ان يجتمع مع الآخر باعتبارين فجاز اجتماعهما كذلك فمبنى الايمان على حقيقة الحال الا لا يلزم الاقدام على القسم بجهالة ومبنى البينات على الظاهر لان الشاهد يخبر عن فعل غيره لا عن فعل نفسه فجاز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عنده بهزل او تلجئة او غير ذلك * واذا ظهر هذا جاز ان يكون القول للبائع لانه منكر حقيقة وهو اعلم بحال نفسه وان تقبل بينته لانه مدع في الظاهر واذا اقاما البينة يترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وفي كلامه نظر لانه علل اعتبار الحقيقة في الايمان بقوله لانها يتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال وهو متفرع على المدعي فان توجه اليمين على احد العاقدين دون الوكيل والنائب انما هو لان المعتبر في الايمان هو الحقيقة ويمكن ان يجاب عنه بانه دليل لا تعليل والفرق بين عند المحصلين **قوله** وهذا اي ما ذكر في الاصل يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رح في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة الجامع الصغير **قوله** ومن اشترى جارية وقبض ثمنها وقبضها ثم تقايلا ثم لم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة حتى اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ولا بد من الفسخ ههنا ... بانفسهما او بفسخ القاضي لانها ليست ببيع لا ينفسخ الا بالفسخ فان قيل النص لم يتناول الاقالة ... فوجب ان لا يجري التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما اثبتنا التحالف فيها بالنص ... والاقالة فسخ في حق المتعاقدين ولا

فلا يدخل تحته وانما اثبتناه بالقياس لان مانحن فيه من مسئلة الاقالة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة اذا اختلف الآجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد اذا اختلفا في الثمن قبل القبض والقيمة على العين في ما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين المشترى لكون النص اذ ذاك معقول المعنى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا لانه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض **قوله** ومن اسلم عشرة دراهم ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن لا يتحالفان والقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في باب السلم لا يحتمله لكونها اسقاطا للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانها يحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع الا يرى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب يعني قضى القاضي بذلك وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يرتفع الاقالة ولا يعود السلم فلو كان ذلك في بيع العين عاد البيع وانما كان القول للمسلم اليه لان رب السلم يدعي عليه زيادة من راس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه قد سقط بالاقالة قيل المعقود عليه قد فات في اقالة السلم وفي ما اذا هلكت السلعة ثم اختلفا فما الفرق لمحمد رح في اجراء التحالف في صورة هلاك السلعة دون اقالة السلم واجيب بان الاقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة

يجري في البيع لا في الفسخ **قوله** واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة اما قبول بينة المرأة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة الزوج لانه منكر الزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه مدع في الصورة وهي كافية لقبولها كما ذكرنا فان اقاما فالبينة بينة المرأة وان لم تكن لهما بينة تحالفا ولا يفسخ النكاح ويحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما قالت وان كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل
الاول فالبينة للمرأة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئا لانه ثابت بشهادة مهر المثل وان عجزا عنها تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في عدم التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يخل بصحته لبقائه بلا ثمن وهو ليس بصحيح فيفسخ البيع فان قيل التحالف مشروع في البيع والنكاح ليس في معناه سلمناه لكن فائدته فسخ العقد والنكاح ههنا لا يفسخ اجيب بان موجبه في البيع كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان الترجيح وهو ههنا موجود فالحق به وانه لا ينفسخ النكاح لما ذكر في الكتاب وتوضيحه ان الفسخ في البيع انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا اصليا يصار اليه عند انعدام التسمية وهذا على طريق تخصيص العلل وللمجوز مخلص ومخلص غيره معلوم وقوله ولكن يحكم مهر المثل مستدرك من قوله ولا ينفسخ النكاح اي لكن يحكم مهر المثل لقطع النزاع فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما قالت كذلك وان كان اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال شيخ [illegible] ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لان موجب النكاح لا تسميته ومعوضة باعتباره هو بالتحالف فلهذا يقدم التحالف

في الوجوه كلها يعني في ما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او مثل ما ادعته المرأة او اكثر منه او كان بينهما فهو خمسة وجوه * واما في قول الرازي فلا تحليف الا في وجه واحد وهو ما اذا لم تكن مهر المثل شاهدا لاحدهما او في ما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او اقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته او اكثر قال في النهاية وهذا هو الاصح لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وذكر في بعض الشروح قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما * واقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية يمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع ولقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها يعلم بالحزر والظن فلا يفيد المعرفة ولا حكما ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول فان اول التسليمين عليه كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وهو التحكيم اولا ثم التحليف كما ذكرناه وذكرنا خلاف ابي يوسف رح وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء مستنكر يعني في باب المهر فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل اولا فمن شهد له فالقول قوله وان كان بينهما يتحالفان واليه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل تكون لها قيمتها دون عينها

لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة **قوله** وان اختلفا في الاجارة في البدل اي الاجرة او المبدل فاما ان يكون قبل استيفاء كل المعقود عليه او بعد ذلك او بعد استيفاء بعضه فمن اقام البينة قبلت بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاماها فان كان الاختلاف في الاجرة فبينة الموجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان في المنفعة فبينة المستاجر كذلك وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما في ما يدعيه من الفضل مثل ان يدعي هذا شهرا بعشرين وذلك شهرين بعشرة فيقضي بشهرين بعشرين وان عجزا تحالفا وترادا في الاول لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس كما مر والاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونهما عقد معاوضة يقبل الفسخ فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الآجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ بيمينه وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة فبقي انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلف وان وقع الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الموجر كذلك وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ولم يتحالفا في الثاني والقول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف على اصلهما وكذا على اصل محمد رح لان فائدة التحالف فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من القيمة وليس شيء منهما بموجود في الاجارة اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه عرض لا تبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين بحلفهما ان لا عقد بينهما الا فساخه من الاصل فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ واذا امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه المنكر للزيادة المستحق عليه وفي الثالث تحالفا وفسخ العقد في ما بقي لان العقد ينعقد ساعة

ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها فكان الاختلاف بالنسبة الى ما بقي قبل استيفاء المنافع وفيه التحالف * واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق بخلاف البيع لان العقد ينعقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل **قوله** واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة اذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلف العاقدان فيه اي في الثمن فيتحالفان ولابي حنيفة رح ان الكتابة عقد معاوضة ويجب به البدل على العبد في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد باتفاقهما على ثبوت الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء وهذا لان البدل لابد له من مبدل وليس في العبد سوى اليد والرقبة فلو كان البدل مقابلا للرقبة في الحال لعتق عند تمام العقد كما في البيع فان المشتري يملك رقبة المبيع عند تمامه وليس كذلك فتعين ان يكون للحال مقابلا لليد ثم ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لامقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لاغير لان العبد لايدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر **قوله** واذا اختلف الزوجان في متاع البيت اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة فهو للرجل لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية وهي المعجرة وما تشده المرأة على استدارة راسها كالعصابة سميت بذلك لانها تقي الخمار وكالملحفة فهي للمرأة مع اليمين لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك فح لايكون مثل هذه الاشياء لها

وكذلك اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والامتعة والعقار فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارض ظاهر الزوج باليد ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فان ما هو صالح للرجال فهو مستعمل للرجال وما هو صالح للنساء فهو مستعمل للنساء واذا وقع الاشتباه ترجح بالاستعمال * ويدفع بهذا ما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال الا بالنسبة ولم نشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدناكون هذه الآلات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا التفصيل قول ابي حنيفة رح لان المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجال وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالاجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذا قوله وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها معناه مما يصلح لهما والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج واما في الباقي فلا معارض لظاهره فكان معتبرا والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يصلح لهما فللرجل ان كان حيا او لورثته ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة رح من الدليل وهو ان المرأة وما في يدها في يد الرجل فالقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحي ظاهر واما بالنسبة الى الميت فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحيوة لان يد الحر اقوى لكون اليد يد

اليد يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحرين * فما يصلح للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمرأة كذلك وللحي منهما بعد الممات حرا كان او مملوكا * هكذا وقع في عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو والمصنف رح اختار اختيار العامة واستدل بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شئ في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يرجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما

* فصـــــل فيمن لا يكون خصما *

اخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الملكات قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلت نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي **قوله** وان قال المدعى عليه هذا الشئ اودعنيه فلان الغائب اورهنه عندي او غصبته منه اوآجرنيه او اعارنيه واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة لا تندفع وان اقامها وقال ابن ابي ليلى تندفع بمجرد الاقرار وقال ابويوسف رح ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا من دفع الخصومة وان كان محتالا فكما قال ابن شبرمة * ثم اذا شهد الشهود فاما ان يقولوا اودعه فلان نعرفه باسمه ونسبه او رجل مجهول لا نعرفه او رجل نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه ففي الفصل الاول تقبل شهادتهم وفي الثاني لا تقبل بالاتفاق والثالث كالثاني عند محمد رح وكالاول

عند ابي حنيفة رح وهذه خمسة اقوال فلهذا لقبت المسئلة بمخمسة كتاب الدعوى
وقيل لقبت بذلك للوجوه الخمسة المذكورة آنفا وجه ظاهر الرواية وهوالمذكوراولا
ان المدعى عليه اثبت ببينة ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهوليس بخصم
ووجه قول ابن شبرمة انه اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم
متعذر اذليس لاحد ولاية ادخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ودفع الخصومة بناء
على اثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر والجواب عنه ان مقتضى هذه البينة شيئان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلايثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهوخصم فيه وبناء
الثاني على الاول ممنوع لانفكاكه عنه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا اقامت البينة
على الطلاق فانها تقبل لقصريد الوكيل عنها ولم يحكم بوقوع الطلاق مالم يحضر الغائب
كما مرولئن سلمنا البناء لكن مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما
مقصوده اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة فيكون ذلك ضمنيا ولامعتبر به ووجه قول ابن
ابي ليلى ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه فتبين ان يده يد حفظ
فلاحاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا
على نفسه فهومتهم في اقراره فلايصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره بالحوالة فانه لايصدق الا بالحجة لايقال يلزم اثبات اقرار نفسه ببينته وهوغيرمعهود في
الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لالاثبات الاقرار ووجه قول ابي يوسف رح
ان المحتال من الناس قد يدفع ما اخذه من الناس سرا الى مسافريودعه اياه ويشهد عليه
الشهود علانية فيحتال لابطال حق الغير فاذا اتهمه القاضي بذلك يبطلها واما وجه الفصل الاول
فلانه شهادة قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها واما الفصل الثاني فله
وجهان * احدهما احتمال ان يكون المودع هوهذا المدعي حيث لم يعرفوه * والثاني
انه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلواندفعت الخصومة لتضرربه المدعي واما

واما الفصل الثالث فوجه قول محمد رح فيه هو هذا الوجه الثاني وهو قوله ما احاله الى معين الى آخره فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روي عن رسول الله عليه الصلوة والسلام انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذن لا تعرفه * ووجه قول ابيحنيفة رح ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم بيقين ح ان المودع غير المدعى عليه فاذن الشهادة تفيد ان يده ليست بيد خصومة وهو المقصود والحديث يدل على نفي المعرفة التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تامًّا انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت **قوله** والمدعي هو الذي اضر بنفسه جواب عن قول محمد رح لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من نفسه حيث نسي خصمه او من جهة شهود المدعى عليه وذلك لا يلزمه وهذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه واليه اشار بقوله هذا الشيء اودعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع عنه الخصومة وان اقام البينة لانها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فتندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى يقع في الدين ومحلة الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينه على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة **قوله** وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم واذا قال المدعى عليه اشتريته من فلان الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبت هذا العين مني او سرقته مني واقام ذو اليد البينة على الوديعة لا تندفع الخصومة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه ولهذا صحت الدعوى على غير ذي اليد وفعله

لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله
مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق فان ذا اليد فيه خصم من حيث ظاهر اليد ولهذا
لا يصح الدعوى على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين
ان يكون لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وان قال
المدعي سُرق مني واقام ذو اليد البينة على ان فلانا اودعه لم تندفع الخصومة عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه
فصار كما لو قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل
البتة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه فان قيل انما لم تندفع
الخصومة فربما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء اجيب بان وجهه
انه اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين اي المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين
لم يقطع يده لظهور سرقته بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة
عنه ولم يقض بالعين للمدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها
قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف ما اذا قال
غصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وصاحب اليد
قال اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة من غير بينة لتوافقهما على ان اصل الملك فيه
لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي البينة
ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته انه احق بامساكها

* باب ما يدعيه الرجلان *

لما فرغ من ذكر حكم الواحد من المدعيين شرع في بيان حكم الاثنين لان الواحد
قبل الاثنين **قوله** وان ادعى اثنان عينا الخ وان ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما
يزعم انها له واقاما البينة على ذلك قضي بها بينهما وقال الشافعي رح في قول تهاترتا اي

اي تساقطتا من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطاء فيه وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة والتمييز متعذر فيمتنع العمل بكل واحد منهما ويصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه روى سعيد بن المسيب ان رجلين تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله عليه السلام بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث تميم ابن طرفة الطاري ان رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله عليه الصلوة والسلام واقاما البينة فقضى بها رسول الله عليه السلام بينهما نصفين وعن ابى الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يديه في شيء واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داؤد عليه السلام اذا جلس لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا عليه السلام بينهما نصفين والجواب عن حديث القرعة انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق في ايجاب الحق لمن خرجت له فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق ولا نسلم كذب احدهما بيقين لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا يعتمد وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف بينهما لكون المحل قابلا وتساويهما في سبب الاستحقاق **قوله** فان ادعى كل منهما نكاح امرأة دعوى نكاح المرأة من رجلين اما ان يكون متعاقبة اولا فان كان الثاني ولا بينة لهما فاما ان تقر لاحدهما اولا فان اقرت فهي امرأته لتصادقهما وان لم تقر لم تقض لواحد وان كان ثمه بينة فمن اقام البينة فهي امرأته وان اقرت لغيره لان البينة اقوى من الاقرار

وان اقاماها فاما ان يكون في بيت احدهما او دخل بها اولا فان كان ذلك فهي امرأته
لان النقل الى بيته او الدخول بها دليل سبق تاريخ عقده الا ان يقيم الخارج بينة على سبق
نكاحه فانها تقبل لان الصريح اولى من الدلالة * وان لم يكن ذلك فمن اثبت سبق التاريخ
فهي امرأته لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا * وان لم يذكرا تاريخا لم تقض لواحدة منهما
لتعذر العمل بهما لعدم قبول المحل الاشتراك ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما
فايهما اقرت له انه تزوجها قبل فهي امرأته لان النكاح مما يحكم به بتصديق الزوجين
ولقائل ان يقول قوله لصاحب الوقت الاول اولى ليس بكلي لانه انما يكون اولى
اذا كان الثاني بعد زمان لا يحتمل انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيتساويان
لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح
بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا آنفا ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة * وان كان الاول اذا تفرد احدهما بالمرأة
بجحد فاقام البينة وقضي له بها ثم ادعى الآخر واقامها على مثل ذلك لا يحكم بها لان
القضاء الاول قد صح وقضي فلا ينتقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود المدعي
الثاني سابقا فيقضى له لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين قوله وان ادعى اثنان كل واحد
منهما انه اشترى منه هذا العبد [illegible] في رجل ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى
[illegible] قال المصنف رحمه الله من صاحب اليد [illegible] هذه المسئلة
واقاما على ذلك بينة من غير توقيت [illegible] بالخيار [illegible] نصف العبد
[illegible] الذي شهد به [illegible] بينهما
[illegible] كما لو [illegible] ترك
لان [illegible]
[illegible] خذ كل الثمن [illegible]

توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة به فان قضى القاضي به بينهما نصفين فقال احدهما لا اختار لم يكن الآخران يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجاب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي وهو القضاء عليه حيث له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه وزال المانع وهو مزاحمة الآخر وقوله حيث له ان يأخذ الجميع يشير الى ان الخيار باق وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده انه لا خيار له وهو الظاهر ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقت احدهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت مع احتمال الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك ولو لم يذكرا تاريخا لكنه في يد احدهما فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه * وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان ما مع البعد بعديه زمانية فهو بعد * فاذا عرفت هذا فقبض القابض وشراء غيره حادثان فيضافان الى اقرب الاوقات فيحكم بثبوتهما في الحال وقبض القابض مبني على شرائه ومتأخر عنه ظاهرا فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراءه اقدم تاريخا وقد تقدم ان التاريخ المتقدم اولى ولانهما استويا في الاثبات وبينة غير القابض قد تكون مما ينقض اليد وقد لا تكون فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما البينة واحدهما قابض فان

فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمه محتاج الى اثبات
الملك لبائعه اولا فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكان بينة الخارج
اولى وههنا ليس كذلك وكذا اذا ذكر الآخر يعني بينة الخارج وقتا فذو اليد اولى لان بذكر
الوقت لا يزول احتمال سبق ذي اليد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه
يدل على سبق شرائه الا ان يشهد شهود الخارج ان شراءه كان قبل شراء صاحب
اليد فانه ينقض بها اليد لان الصريح يفوق الدلالة **قوله** وان ادعى احدهما شراء
والآخر هبة وقبضا قال المصنف رح معناه من واحد احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين
كما سيجيء واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لانه لكونه معاوضة من الجانبين
كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا يثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة
ثابتين معا والشراء مثبت للملك دون الهبة لتوقفها على القبض وكذا اذا ادعى
احدهما الشراء والآخر الصدقة مع القبض وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره من الوجهين
في ان الشراء اقوى واذا ادعى احدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء
فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوي فان الصدقة
لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم وتقريره ان الترجيح
باللزوم ترجيح بما يرجع الى المآل اي بما يظهر اثره في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة
عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ولا ترجيح بما يرجع الى المآل لان الترجيح انما يكون
بمعنى قائم في الحال وهذا اي الحكم بالتنصيف بينهما في ما لا يحتمل القسمة كالحمام
والرحى صحيح وكذا في ما يحتملها كالدار والبستان عند البعض لان كل واحد منهما
اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طار وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة
وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على
الارتهان * قيل هذا قول ابي حنيفة رح اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ينبغي

فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح في قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها **قوله** واذا ادعى احدهما الشراء اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه واقاما البينة ولم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضى بالعبد بينهما لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمرأة على زوجها نصف القيمة ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن ان كان نقده اياه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى لان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المرأة وان قدمنا الشراء صح العمل بها لان التزويج على ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة وتجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين تقديمه ووجب لها على الزوج القيمة وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف رح عما قاله محمد رح ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تأخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين واذا ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاماها فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى من عقد التبرع * ولا ترد الهبة بشرط العوض فانها اولى من الرهن لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة وان اقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين وكل من هو كذلك لا يتلقى الملك الا من جهته والفرض ان الآخر

لم يتلق منه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله آخرا وقول محمد رح اولا ثم
قال محمد رح يقضى بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما دون الآخر ففي النوادر
عن ابي حنيفة رح انه يقضى بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في دعوى الملك
المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف رح يقضى لمن ارخ وعلى قول محمد رح
يقضى لمن لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وسيأتيك تمام بيانه ان شاء الله تعالى
قوله ولو ادعيا الشراء من واحد واقاماها ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء
قضي به بينهما وان ارخا تاريخين متفاوتين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع
له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك الوقت وان الآخر اشتراه من غير مالك وكان باطلا
قيل لا تفاوت في ما ذكر في الكتاب من الحكم بين ان يكون البائع واحدا او اثنين
وانما التفاوت بينهما اذا وقتت احدهما دون الاخرى على ما سنذكر بعد هذا وفي ذكره معه
من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت في سائر الاحكام بين ان يكون
ذلك الواحد ذا اليد او غيره فانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان ان
كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا ورتب عليه الاحكام وان اقام
كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر كان اقام احدهما على الشراء من زيد مثلا
والآخر على الشراء من عمرو وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء لاثباتهما سبب الملك [illegible]
فبينهما [illegible] وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما لما ذكرنا من قبل
ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك ولو وقتت
احدهما دون الاخرى يقضى بينهما نصفين الا ان [illegible] على تقدم الملك
[illegible] ان يكون الآخر [illegible] على الملك
[illegible] احدهما [illegible]
[illegible] هكذا اذا اثبت بالبينة [illegible]

ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين ماذكر من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته واما الباقي فمشترك بين المسئلتين وذلك لامدخل له في الفرق لجواز ان يقال من ثبت له الملك بالبينة فهو كمن ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك ان تأخر لم يضره وان تقدم ملك فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارض ايضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح بتضاعف التعارض ولو ادعى رجل الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من آخر والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة على ذلك قضى به بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق واطلاق الباعة بطريق التغليب لان البائع واحد من المملكين فكان المراد من مملكيهم **قوله** وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد على ملك اقدم تاريخا فذو اليد اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه محمد رح روى ابن سماعة عنه انه رجع عن هذا القول وهو ان بينة ذي اليد اذا كانت اقدم تاريخا كانت اولى من بينة الخارج وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ وغيره الا للنتاج لان النتاج دليل على اولية الملك دون التاريخ لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء بخلاف ما اذا قامتا بالتاريخ على الشراء واحدهما اسبق من الاخرى فان الاسبق اولى سواء كان البائع واحدا او اثنين ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان

من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر من قبل هذا قبول بينة ذي اليد على ان العين في يده وديعة حتى تندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع صارت ههنا بينته بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله فيقبل لكونها للدفع وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وفي قول محمد رح لا معتبر بالوقت لما بيناه من الدليل في الجانبين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على مطلق الملك ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابيحنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى وقد مر ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع لما مر ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك في ذلك لان بذكر تاريخ احديهما لم يحصل التيقن بان الآخر تلقاه من جهته لامكان ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا ارخا وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما واقام احدهما بينة على ملك مؤرخ والآخر على مطلق الملك فانه يسقط التاريخ عندهما خلافا لابي يوسف رح قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع لا يستقيم لمحمد رح لانه لم يقل بذلك في الاولى من المسئلة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول ولو كانت العين في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احدهما [illegible] الملك المطلق دون الاخرى [illegible] عند [illegible] [illegible] وقتت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى [illegible] [illegible] استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن والمنفصلة كالاكساب [illegible]

فكان ملكاللاصل وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف رح ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية فالترجيح بالتيقن ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه اي يزاحمه عدم التقدم لان الذي لم يؤرخ سابق على المؤرخ من حيث ان دعوى الملك المطلق دعوى اولية الملك حكما ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه بعد تاريخ المؤرخ واذا كان غير المؤرخ سابقامن وجه كان المؤرخ ايضا كذلك فاستويا في السبق واللحوق فجعل كانهماملكاه معا وعند ذلك لا يمكن اعتبار معنى التاريخ فهو معنى قولنا ان دعوى التعريف التاريخ حالة الانفراد ساقط الاعتبار **قوله** بخلاف الشراء جواب عن قول ابي يوسف رح ومعناه انهمالما اتفقا على معنى الشراء اتفقا على الحدوث ولابد للحدوث من التاريخ فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ **قوله** وان اقام الخارج وصاحب اليد وان اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة بالنتاج فذو اليد اولى وهو استحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج واستحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد لايثبت بها استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما ووجه الاستحسان ان بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده واما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه لان بينته في نفس الامر دافعة لبينة الخارج لان النتاج لايتكرر فاذا ظهرت بينته دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلايكون معتبرا واعلم ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد يثبت ببينته ماهو ثابت بظاهر يده من وجه وهو اصل الملك والخارج

(كتاب الدعوى * باب ما يدعيه الرجلان *)

يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت اكثر اثباتا فهي اولى قوله وهذا اي ما ذكرنا من القضاء

لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشائخ خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه يتهاترت

البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على طريق القضاء لان القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين

لان نتاج دابة من دابتين غير متصور وكم مثاله كوفة ومكة ووجه صحة ذلك ان محمدا رح ذكر

في خارجين اقاما البينة على النتاج انه يقضي به بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان

يترك في يد ذي اليد والجواب عن قوله القاضي يتيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا

في شهادة الفريقين على الملكين بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة

بناء على ان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة للانفصال عن الام بل برؤية الفصيل

يتبع الناقة والدابة فظهر في الصحايف فعندالعامة لا يحلف ذو اليد للخارج وعنده يستحلف

ولو تلقى كل واحد من الخارج وذي اليد الملك من رجل فكان هناك بائعان واقاما

البينة على النتاج عند من تلقى منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه فيقضى به

لذي اليد كان البائعين قد حضرا واقاما على ذلك بينة فانه يقضي ثمه لصاحب اليد كذلك

ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج صاحب النتاج اولى خارجا

كان او ذا يد لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا

اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا انها تدل على اولية الملك

فلا يثبت الثاني للآخر الا من جهته ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم اقام الثالث البينة

على النتاج يقضي له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية

لان المقضي به الملك بثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقضي بثبوته في حق آخر

فان اعادها ذو اليد يقضى له لان بينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج ان لم تعد

تقضي به للثالث وقضاء القاضي على ذلك الملك اذا لم يقم البينة على الخارج

ويقضى للقاضي ان بينة الخارج تدل على الاولية فكان القضاء على جهته

خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص وهذا استحسان وفي القياس لاتقبل بينته لصيرورته مقضيا عليه بالملك وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطاء فاني يكون مقضيا عليه فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لاينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد اجيب بان قضاءه انمايكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم مايدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام مايدفع به انتقض القضاء الاول **قوله** وكذلك النسج في الثياب التي لاينسج الا مرة قد تقدم ان القياس ماذهب اليه ابن ابي ليلى ان بينة الخارج اولى في النتاج من بينة ذي اليد وما ذهبا اليه استحسان ترك به القياس بما روي جابر رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يد رجل واقام البينة انها ناقته نتجتها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجتها فقضى رسول الله عليه السلام بها للذي هي في يده فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه ممالايتكرر من اسباب الملك اذا ادعاه به كان كدعوى النتاج كما اذا ادعت غزل قطن انه ملكها غزلته بيدها وكما اذا ادعى رجل ثوبا انه ملكه نسجه وهو ممالا ينكرر نسجه او ادعى لبنا انه ملكه حلبه من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او لبدا انه صنعه او مرعزي وهي كالصوف تحت شعر العنز او صوفا مجزورا انه ملكه جزه من شاته واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام بينة فانه يقضى لذي اليد لانه في معنى النتاج من كل وجه فيلحق به بدلالة النص وماتكرر من ذلك قضي به للخارج كالخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج فاذا ادعى ثوبا انه ملكه من خزه او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها

او حبا من الحبوب واقام على ذلك بينة وادعى ذو اليد مثل ذلك واقام عليه بينة قضي به للخارج لانها ليست في معنى النتاج لتكررها اما الخز فلانه ينسج مرة واما في الباقية فان البناء يكون مرة بعد مرة اخرى وكذلك الغرس والحنطة وسائر الحبوب تزرع ثم تغربل التراب فتتم الحبوب ثم تزرع ثانية وان لم يكن في معناه لم يلحق به وان اشكل شئ لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى العدول من اهل الخبرة وهي الحكم عليه قال الله تعالى فَاسْئَلُوا اَهْلَ الذِّكْرِ اِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُوْنَ فان اشكل على اهل الخبرة قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول كان بحر النتاج لما روينا فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل

قوله واذا اقام الخارج البينة على الملك واذا اقام الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه وذو اليد اولى لان الخارج ان كان يدعي اولية الملك وذو اليد تلقي منه ولا تنافي في هذا فصار كما لو اقر ذو اليد بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه وان اقام الخارج البينة انه اشتراها من ذي اليد واقامها ذو اليد انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترتا وتركت في يد ذي اليد قال المصنف رح هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح يقضي لهما لامكان العمل بهما وذلك بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع ولم يقبض لان القبض دلالة السبق كما مر ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك يعني ان السبب اذا كان مفيد الحكم كان معتبرا والا فلا لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق للخارج لانا اذا قضينا ببينة ذي اليد انما يقضي ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب [illegible] فيبقي القضاء له بمجرد السبب وذلك غير مفيد ثم [illegible] ان على

على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند مشتريه فيتقاصّ الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي مثل هذا الاقرار تهاتر الشهود فكذلك ههنا * وعند محمد رح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والآخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن احدهما اولى من الآخر في القبول تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو معنى قوله لان الجمع غير ممكن لان الجمع عبارة عن امكان العمل بهما وههنا لم يمكن وان وقتت البينتان في العقار وقتين فاما ان يكون وقت الخارج اسبق او وقت ذي اليد وكل منهما على وجهين اما ان شهدوا بالقبض اولا فان كان وقت الخارج اسبق فان لم يشهدوا بالقبض قضي بها لذي اليد عند ابيحنيفة وابي يوسف رحمهما الله فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز في العقار عندهما وعند محمد رح نقضي بها للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان شهدوا بالقبض يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لانه يجعل ان الخارج باعها من ذي اليد بعد ماقبضها وذلك صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا اما اذا شهدوا به فلا اشكال واما اذا لم يشهدوا فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم اليه والمصنف رح جمع الوجهين في قوله فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم وهذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر من عارية او اجارة باعتبار اثبات القبض **قوله** وان اقام احد المدعيين شاهدين

والآخر اربعة وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة
كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل
بل بقوة فيها الا يرى ان خبر الواحد لا يترجح بخبر آخر ولا الآية بآية اخرى
لان كل واحدة منهما علة بنفسها والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر باعتبار
القوة كما عرف في اصول الفقه والشهادة العادلة ترجح على المستورة بالعدالة لانها
صفة الشهادة ولا تترجح بكثرة العدد لانها ليست بصفة للشهادة بل هي مثلها وشهادة
كل عدد نصاب كامل **قوله** وان كانت الدار في يد رجل اذا كانت الدار في يد رجل
ادعاها اثنان احدهما جميع الدار والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة
ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة وعندهما
هي بينهما اثلاثا اعتبارا بطريق العول والمضاربة والاصل في ذلك ان عند ابي حنيفة رح
ان المدلي بسبب صحيح وهو مايتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه
يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا
ضاقت التركة عن ديونه * والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر مايصيبه حال المزاحمة
كمسئلتنا والموصى له باكثر من الثلث * وعندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب
حق في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت
لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل
بغير امره وفضولي آخر نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة
ارباعا * فعلى هذا امكن الاتفاق بينهم على العول وعلى المنازعة والافتراق * فمما اتفقوا
على العول فيه العول في التركة * اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما
على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة *
ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح

لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فيحول بالشراء الى المبيع * ومما افترقوا فيه مسئلتنا فعلى اصل ابيحنيفة رح سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال القضاء بها كما تقدم فلم تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة * فنقول مدعي النصف لادعوى له في النصف الآخر فانفرد به صاحب الجميع والنصف الآخر كل منهما يدعيه وقد اقاما عليه البينة والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي فيه فكان هذا النصف بينهما نصفين فجعل لصاحب الجميع ثلثة ارباع الدار ولمدعي النصف الربع وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين على معنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول فيضرب كل منهما بجميع دعواه فاحتجنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب بذلك صاحب الجميع ويضرب مدعي النصف بسهم فيكون بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لاتحتملها المختصرات قال المصنف رح وقد ذكرناها في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادعى احد المولبين مائة درهم واجنبي مائتي درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا فبذكر الاصلين المذكورين يسهل عليك الاستخراج **قوله** ولو كانت دار في ايديهما الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين ينصرف الى ما في يده لئلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فان كانت الدار في ايديهما فمدعي النصف لايدعي على الآخر شيئا ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذي اليد

وبينة الخارج اولى فقضي له بذلك ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيده لان صاحبه لم يدعيه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده **قوله** واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما هذا اذا كانا خارجين وان كان احدهما ذا اليد فان وافق سن الدابة تاريخه او اشكل قضي بها للذي اليد اما لظهور علامة الصدق في شهوده او ستوء اعتبار التوقيت بالاشكال وان كان سن الدابة بين وقت الخارج وذي اليد قال عامة المشائخ تهاترت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع فتترك الدابة في يد من هي بيده قضاء ترك كانهما لم يقيما البينة قال في المبسوط الاصح ما قاله محمد رح من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلة فلا شك فيه وكذلك ان كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذلك الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء به بينهما نصفين * وهذا اذا لم يعتبر التوقيت بطلت البينتان وهي في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق * وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد رح انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد [illegible] تترك في يد [illegible] ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر اذا [illegible] الحجة [illegible]

واتفاق الفريقين على استحقاقهما على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب واذا كان عبد في يد رجل واقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهما سواء لان المودع لما جحد صار غاصبا والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون بينهما نصفين

* فصل في التنازع بالايدي *

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في هذا الفصل بذكر بيان وقوعه بظاهر اليد لما ان الاول اقوى ولهذا اذا اقامت البينة لا يلتفت الى اليد **قوله** واذا تنازعا في دابة اذا تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر لان الركوب يختص بالملك يعني غالبا وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى لما ذكرنا ونقل الناطقي هذه الرواية من النوادر واما في ظاهر الرواية فهي بينهما نصفان بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج فانها بينهما قولا واحدا لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به او كانا جالسين عليه فهو بينهما لا على طريق القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما * وبهذا فرق بينه وبين الدار اذا ادعاها ساكناها حيث لم يقض بها بينهما لا بطريق الترك ولا بغيره لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد تكون بالاختطاط له وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد المختط له فيه عليها لم يتحول الى محل آخر فكان يده ثابتة عليها حكما ولم يعلم به القاضي وجهالة ذي اليد لا يجوز القضاء لغيره

لان شرط جوازه العلم بان المدعى ليس في يد غير المدعيين ولم يوجد واذا كان ثوب
في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان
كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل ذلك لا يوجب
الرجحان كما لو اقام احدهما شاهدين والآخر اربعة وفيه اشارة الى الفرق بين هذا وبين
مسئلة القميص لان الزيادة ليست من جنس الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي
الاستعمال واذا كان صبي في يد رجل يدعي رقه فلا يخلو اما ان يكون الصبي ممن
يعبر عن نفسه اولا فان كان الاول فان لم يعرف فهو عبد ذي اليد وان نفاه فقال انا حر
فالقول قوله لانه انكر ثبوت اليد عليه وتأيد بالظاهر فيكون في يد نفسه وان قال انا عبد لفلان
غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد لانه اقر بانه لا يد له على نفسه باقراره بالرق تبطل الاقرار بالرق
من المضار لا محالة واقواله فيها غير موجبة كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين واجيب
بان الرق لم يثبت باقراره بل بدعوى ذي اليد الا ان عند معارضته اياه بدعوى الحرية
لا تتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر فيكون القول حـ قوله في رقه كالذي لا يعقل اذا كان
في يده وان كان الثاني فهو عبد للذي في يده لانه لما كان لا يعبر عن نفسه كان كمتاع
لا يد له على نفسه واعترض بان الملتقط اذا ادعى رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون
عبده وبان الرق من العوارض اذ الاصل الحرية وهي تدفع العارض فكان الواجب ان
يصدق ذو اليد الا بحجة واجيب عن الاول بان غرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط
امين في اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه فلا يثبت
الرق وعن الثاني بان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه والدليل من ذلك .
[illegible] بمنزلة المتاع [illegible] الاصل [illegible] وادعى الحرية لم يكن
القول قوله [illegible] في يده في حال [illegible] قال واذا كان [illegible] الحائط
[illegible] الآجر [illegible] في [illegible]

يضم ملوية بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم ذكره في المغرب عن الليث يقال
له بالفارسية دروك فهواي الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء
لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق به فصار كدابة تنازعا فيها
ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال المذكور في قوله او متصل
ببنائه مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد سمي اتصال تربيع وتفسير التربيع
اذا كان الحائط من مدر او آجران يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في
انصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساحة
احدهما مركبة في الاخرى واما اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط ومن هذا يعلم ان من الاتصال ما يكون اتصال
مجاورة وملازمة وعند التعارض اتصال التربيع اولى وقوله الهرادي ليست بشيء يعني
قول محمد رح في الجامع الصغير يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط
لا يبنى لها اصلا لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وانما
يوضعان للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي
وليس للآخر عليه شيء قضي به بينهما ومعناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء
ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل
في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضى بينهما ولو كان لكل واحد منهما جذوع ثلثة
فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة لان الزيادة من جنس الحجة فان
الحائط يبنى للجذوع الثلاثة كما يبنى لاكثر منها وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة
فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذوعه في رواية كتاب الاقرار حيث قال فيه الحائط
كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع فهو مصدر
ميمي وقد اشار اليه المصنف رح وفي رواية كتاب الدعوى لكل واحد منهما ما تحت

خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قيل ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات كما نذكره وقيل يكون ذلك على قدر خشبتهما وهذا موافق لما ذكر في الذخيرة وقال في المبسوط في موضع اتقبل الاول * واكثرهم على انه يقضى به لصاحب الكثير لان الحائط يبنى لعشرة خشبات لا لخشبة واحدة **قوله** والقياس رجوع الى قوله فهو لصاحب الثلثة الى آخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب الاكثر نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ووجه الرواية الثانية وهو قوله لكل واحد منهما ما تحت خشبته ان الاستعمال من كل واحد منهما بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال ووجه الاولى ان الحائط يبنى لوضع الكثير دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به رفع الخشبة الموضوعة اذ من الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للآخر حق الوضع عليه فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا واعلم ان ما اختاره المصنف رح من جعل الجذعين كجذع واحد وهو قول بعض المشائخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان بمنزلة الثلث لامكان التسقيف بهما ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللآخر اتصال وعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية وجه الثاني ومعناه اذا تنازع صاحب الجذوع واتصال التربيع في احد طرفي الحائط المتنازع فيه فالاول اولى لانه صاحب التصرف وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى وممن رجحه شمس الائمة السرخسي ويروي ان الثاني

الثاني اولى لان الحائطين بالاتصال صاراكبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق حتى لو ثبت ذلك بالبينة امر برفعها لكونها حجة مطلقة وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني ولو كان الاتصال بطرفي الحائط المتنازع فيه كان صاحب الاتصال اولى على اختيار عامة المشائخ وهكذا روي عن ابي يوسف رح في الامالي واذا كان في يد رجل عشرة ابيات من دار وفي يد آخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في الاستعمال وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة وغيرها ولا معتبر بكون احدهما خراجا ولاجا دون الآخر لانه ترجيح بما هو من جنس العلة وطولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الآخر هدبه حيث يلغى جانب صاحب الهدب *واذا تنازعا في مقدار الشرب حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي* وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة واجيب بان الهدب ليس بثوب لكونه اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والآخر كالاجنبي عنه فالغي *والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الارباب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب فيستدل به على كثرة حق له فيه* واما في الساحة فالاحتياج للارباب وهما فيه سواء فاستويا في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض باب الدار **قوله** واذا ادعى رجلان ارضا ادعى رجلان ارضا كل واحد منهما ادعى انها في يده لم يقض القاضي انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي ان يحكم به ما لم يعلم وحيث كانت غير مشاهدة لتعذر احضارها لا بد من البينة لانها يثبت ما غاب عن المشاهدة وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة فان قيل البينة تقام على خصم وحيث لم يثبت انها في يد الآخر فليس بخصم اجيب بانه خصم باعتبار منازعته في اليد ومن كان

خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود معنى فيجوز ان يكون مدعيه خصما فان اقاما البينة جعلت في ايديهما لقيام الحجة فان طلبا القسمة بعد ذلك لم يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قال بعض مشائخنا هذا قول ابي حنيفة رح وقالا يقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى ذكرها في كتاب القسمة وهي ما اذا كانت الدار في ايدي ورثة حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات وتركها ميراثا لهم * وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها بينهم باقرارهم * ومنهم من قال المذكور ههنا قول الكل لان القسمة نوعان * قسمة لحق الملك لتمليك المنفعة * وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم لان العقار غير محتاجة الى ذلك فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله * واذا ادعيا ارضا صحراء انها بايديهما يعني كل واحد منهما يدعي ذلك واحدهما قد لبن فيها او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب

* باب دعوى النسب *

لما فرغ من بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول اكثر وقوعا [illegible] **قوله** [illegible] جارية فجاءت بولد [illegible] اعلم ان البائع اذا ادعى [illegible] المشتري فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من

من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه اما ان ادعى البائع وحده او المشتري وحده اوادعياه معا اوعلى التعاقب فان جاءت به لاقل من ستة اشهر وقد ادعاه البائع وحده فهوابن البائع وامه ام ولد له وفي القياس وهوقول زفرو الشافعي رحمهما الله تعالى دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا فلا يسمع دعواه كمالوقال كنت اعتقتها اودبرتها قبل ان ابيعها واذا لم تكن الدعوى صحيحة لا يثبت النسب اذلا نسب في الجارية بدون الدعوى ووجه الاستحسان انا تيقنا باتصال العلوق في ملكه وذلك شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزناء فنزل ذلك منزلة البينة في ابطال حق الغير عنها وعن ولدها **قوله** ومبنى النسب على الخفاء جواب عن التناقض وذلك لان الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين له انه منه فيعفى فيه التناقض ولا كذلك العتق والتدبير وصاركالمرأة اذا اقامت البينة بعد الخلع على ان الزوج كان طلقها ثلثا واذا صحت الدعوى استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده وذلك غير جائز فيفسخ البيع ويرد الثمن ان كان منقوداً لانه قبضه بغيرحق وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته لان دعوته دعوة تحرير والمشتري يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت نسبه من المشتري *وان ادعياه معا يثبت النسب من البائع عندنا لان دعوته اسبق لاستنادها الى وقت العلوق حيث كان في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير فان اصل العلوق لم يكن في ملكه ولا تعارض بين دعوة التحرير ودعوة الاستيلاد لاقتصار الاولى على الحال دون الثانية فكان البائع اولى **قوله** وهذه دعوة استيلاد جواب دخل تقريره كيف يصح الدعوة والملك معدوم ووجهه انها دعوة استيلاد وهي لا يفتقر الى قيام الملك في الحال لانه يستند الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء وكذلك ان ادّعى المشتري بعد البائع لاستغناء

الولد عن النسب وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع فاما ان يصدقه المشتري اولا فان كان الثاني فلا يصح دعوة البائع لان الشاهد على كون الولد منه اتصال العلوق بملكه ولم يوجد يقينا وان كان الاول يثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصلاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق في حق الولد ولا حقه في الام فلا تصير ام الولد فاذا لم تصر ام ولده بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله والبائع ليس بمالك * وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته * وان ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البائع كالاجنبي وان جاءت به بين المدتين فاما ان يصدقه المشتري اولا فان لم يصدقه لم تقبل دعوة البائع فيه لاحتمال ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة وان صدقه المشتري يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك وان ادعاه المشتري وحده صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد في ما لا يحتمل العلوق في ملكه ففي ما يحتمله اولى ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق في ملكه ممكن * وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشتري اولى لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي * هذا اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم يعلم بانها ولدت بعد البيع لاقل من اقل مدة الحمل او لاكثر من اكثرها او لما بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا * فدعوة البائع وحده لا يصح بغير تصديق المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه * ودعوة المشتري وحده صحيحة واحتمال كون العلوق في ملك البائع ان جاءت به لاقل المدة لا يمنع دعوة المشتري * وان ادعيا معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا للمشتري لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع * وان جاءت به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشتري فوقع الشك في ثبوته فلا يثبت فان قيل في جانب المشتري يثبت في وجهين وفي جانب البائع في وجه

في وجه واحد فكان المشتري اولى قلنا هذا ترجيح بما هو من جنس العلة فلا يكون معتبرا * وان ادعياه متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البائع لم يصح دعوة واحد منهما بوقوع الشك في ثبوت النسب من كل واحد منهما **قوله** فان مات الولد فادعاه البائع * الاصل في هذه انه اذا حدث في الولد ما لا يلحقه الفسخ يمنع فسخ الملك فيه بالدعوة وينفي ثبوت النسب وعلى هذا ان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسب الولد وحده لانه اصل لاضافتها اليه حيث يقال ام الولد واستفادتها الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله عليه الصلوة والسلام الا يعتقها ولان الثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى واذا لم يكن في الاصل ما يمنع الدعوة لم يضر فوات التبع ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا ترد حصة الولد ولا ترد حصة الام وهذا بناء على ان مالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وذكر المصنف رح رواية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق في ما نحن فيه حكم الموت فاذا اعتق المشتري الام وادعى البائع الولد فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الام والولد فما اصاب الام يلزم المشتري وما اصاب الولد سقط عنه عندهما وعنده يرد عليه بكل الثمن كما سنذكره ولو كان المشتري اعتق الولد فدعوته باطلة اذ لم يصدقه المشتري في دعواه وذكر الفرق استظهارا فانه كان معلوما من مسئلة الموت والاصل في هذا الباب اعني به ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة العتق للولد بالنسب والام تابعة له في ذلك كما مر ففي الفصل الاول يعني في ما اعتق المشتري الام قام المانع وهو العتق من الدعوة والاستيلاد في التبع

وهو الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد فان قيل اذا لم يمتنع الدعوة من الولد ثبت العتق فيه والنسب لكون العلوق في ملكه بيقين لان الكلام في ما اذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع فكان ينبغي ان يبطل البيع واعتاق المشتري اجاب بقوله وليس من ضروراته اي ليس ثبوت الاستيلاد في حق الام من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه كما في ولد المغرور وهو ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها فاستحقت فانه يعتق بالقيمة وهو ثابت النسب من ابيه وليست امه ام ولد لابيه وكما في المستولدة بالنكاح بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فاذا هي امة وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع انه ولده قام المانع في الاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته اي ثبوت ما ذكرنا وهو الدعوة والاستيلاد فيه وفي التبع **قوله** وانما كان الاعتاق مانعا بيان لما نعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع ومعناه ان الاعتاق من المشتري كحق استحقاق النسب في الولد وحق الاستيلاد في الام في ان كل واحد منهما [illegible] من [illegible] احدهما [illegible] الآخر ترجيح من هذا الوجه [illegible] اذا باع جارية حاملا فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر [illegible] في المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى بطل عتق المشتري [illegible] الآخر [illegible] في حكم ولد واحد من ضرورة ثبوت نسب احدهما [illegible] الاصل ثبوت النسب للآخر [illegible] [illegible] من ضرورة [illegible] احدهما [illegible] في الآخر [illegible] [illegible] [illegible] الله [illegible] [illegible] [illegible] في [illegible] من جهته

اجيب بانه غير مقصود فلامعتبر به **قوله** ثم الثابت بيان ترجيح الاعتاق على الاستحقاق فان الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت البائع في الولد حق الدعوة وفي الام حق الحرية والحق لا يعارض الحقيقة ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل هو جمع بينهما وفيه نظر لان الفرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح ويمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك **قوله** وقوله في الفصل الاول يريد به ان ما نقل عن الجامع الصغير من قوله وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن هو قولهما وعنده يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكره شمس الائمة في المبسوط وقاضي خان والمحبوبي انه يرد بما يخص الولد من الثمن بخلاف الموت وفرقوا بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع في ما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري اومدبرته فلم يبق لزعمه عبرة واما فصل الموت فبموتها لم يجز الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن والذي اختاره المصنف رح هو ما ذكره شمس الايمة في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري قيل الواجب ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلك البائع وقد استهلكه بالدعوة

قوله ومن باع عبدا ولد عنده والاصل في هذا انه اذا حدث في الولد ما يلحقه النسخ لا يمنع
الدعوة فيه وعلى هذا اذا باع عبدا ولد عنده يعني كان اصل العلوق في ملكه ثم باعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لاحتماله النقض وما للبائع
من حق الدعوة لاستنادها فينقض لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام
او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فتنقض لاجل
ما لا يحتمله بخلاف الاعتاق والتدبير لعدم [illegible] بخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه
البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض
فصار كاعتاقه ولقائل ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فاني يتساويان
واما الدعوة من المشتري ومن البائع فمتساويان في ان الثابت بهما حق الحرية فاين
المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض
وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع من حيث ان الولد
قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثانية **قوله** ومن
ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه [illegible] كلامه فيه نظر [illegible] كرواية الجامع الصغير
لا [illegible] على صورة بيع احدهما ثم دعوى النسب في الآخر بعد اعتاق المشتري قال
شمس الائمة يجوز ان يقال فلان توأم وتوأمه [illegible] ويبطل عتق المشتري ان كانت
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

لحريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها ليتبين بذلك ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محلا فكان خليقا بالرد والابطال ولو لم يكن اصل العلوق في ملك المدعي ثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض البيع في ما باع لانه لما لم يكن اصل العلوق في ملكه انعدم شاهد الاتصال بالمدعي فكان قوله هذا ابني مجازاً لقوله هذا حر دعوة تحرير ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا مقتصرا على محل ولايته فكذا دعوة التحرير ونوقض بما اذا اشترى الرجل احد التوامين وابوه الآخر فادعى احدهما الذي في يده انه ابنه يثبت نسبهما منه ويعتقان جميعا ولم يقتصر دعوة التحرير على محل ولايته مع عدم شاهد الاتصال اذ الكلام فيه واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو ان المدعي ان كان هو الاب فالابن قد ملك اخاه فيعتق عليه وان كان هو الابن فالاب قد ملك حافده فيعتق عليه ولا يكاد يصح مع دعوة التحرير **قوله** واذا كان الصبي في يد رجل اذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبده فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالاً ولا مستقبلاً * اما حالا فظاهر لوجود المانع وهو تعلق حق الغير * واما استقبالا فلان الغائب لا يخلو حاله عن ثلث اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت عن التصديق والتكذيب ففي الوجه الاول والثالث لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي اقراره وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قالا الاقرار بالنسب يرتد بالرد ولهذا اذا اكره على الاقرار بنسب عبد فاقر به لا يثبت وكذا لو هزل به فاذا رده العبد كان وجوده وعدمه على حد سواء فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري وكذبه البائع ثم قال انا اعتقته فان الولاء يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وهو لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه

من غير الملاعن لاحتمال تكذيب نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد بالرد لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع في ما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له بذلك وتكذيب العبد لا يبطل شيئا منهما * اما الاول فلان تكذيبه لا يمس جانبه لما قلنا * واما الثاني فلانه ليس حقه على الخلوص بل فيه حق الولد ايضا وهو لا يقدر على ابطاله ونظر الامام فخر الاسلام بمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة من قرابة او فسق ثم ادعاه الشاهد لنفسه فانها لا تصح وكذلك اوردها المصنف رح في نظير الاستدلال به على الخلاف لا يقبل عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قوله ومسالة الولاء جواب عن استشهادهما بها على الخلاف ولا ينتهض شاهد السلما ذكر من الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب وصورته معروفة وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم يتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه دعوى اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له ثابت في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا محله لوجود شرطه وهو قيام الملك فبطل بخلاف النسب على ما مر ان النسب مما لا يحتمل النقض وهذا يصلح مخرجا اي حيلة على اصل ابي حنيفة رح لمن ينفي الولد ويخاف المشتري عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره **قوله** واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح انما كان يا رجح يستدعي التعارض ولا تعارض هنا لان النظر للصبي واجب وهذا فيه لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل [illegible] في عكسه الحكم بالاسلام في الحال والحرمان عن الحرية [illegible] بانه ليس [illegible] لان [illegible] في الكتاب [illegible] من خروجه

من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالف بالدين مانع قوي الايرى الى كفر آبائه مع دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية احق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب عنه بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعي النسب اب لان دعوته لا يحتمل النقض فتعارضت الآيتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظرا اليها كثرة فكانت اقوى من المانع وكفر الآباء جحود والاصل عدمه الايرى الى انتساب الاسلام بعدا لكفر في الآفاق وترك الحضانة لا يلزم رق فيقلع منها بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة هذا والله اعلم بالصواب

ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين ونوقض بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوي الدعوتان في البنوة ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه يقوى بقوله عليه السلام البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه **قوله** واذا ادعت المرأة صبيا اذا ادعت المرأة صبيا انه ابنها فاما ان تكون ذات زوج او معتدة اولا منكوحة ولا معتدة فاذا كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه يثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعي تحميل النسب على الغير ولا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه الصلوة والسلام

قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى الا اذا كان هناك حبل ظاهرا واعتراف من قبل الزوج وقالا يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر في الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج اولا * والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعي امرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل على احد فيهما ولو كان الصبي في ايديهما اراد صبيا لا يعبر عن نفسه فاما اذا عبر فالقول له ايهما صدقه ثبت نسبه منه بتصديقه وباقي الكلام ظاهر **قوله** ومن اشترى جارية فولدت ولدا ختم باب دعوى النسب بمسئلة ولد المغرور والمغرور من وطئ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فولدت منه ثم تستحق الوالدة وولد المغرور حر بالقيمة بالاجماع فانه لا خلاف بين الصدر الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف انه مضمون على الاب وهو المشتري الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمال وتاويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فجعل الولد حر الاصل في حق ابيه [illegible] حق مدعيه نظرا لهما **قوله** ثم الولد حاصل بيان لسبب الضمان وهو المنع

المنع لانه حاصل في يده من غير صنعه يعني من غير تعد منه فكان كولد المغصوبة امانة لا تضمن الا بالمنع وتمهيد لاعتبار قيمته يوم الخصومة لا يوم المنع وانه لو مات الولد لا يضمن الاب قيمته لانعدام المنع وانه لو ترك مالا لا يضمن ايضا لان المنع لم يتحقق لا عنه ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه لا يقال ينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في حق المدعي لانه علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها وانه لو قتله الاب ضمن قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامة نفسه له ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم قيمته كما لو كان حيا ويرجع بما ضمن من قيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته لانه جزء المبيع والبائع قد ضمن المشتري سلامة المبيع بجميع اجزائه كما يرجع اب الولد بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام لان الغرور شملهما بخلاف العقر لانه لا يرجع به عليه لانه لزمه باستيفاء منافعها وهي ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته والله اعلم

كتاب الاقرار

قال في النهاية ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يقفوه من الكتب من الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجه الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا وبعد ما حصل له من المال اما بالاقرار او بالصلح فامر صاحب المال بماله لا يخلو اما ان يستربح منه او لا فان استربح منه فلا يخلو اما ان يستربح بغيره او بنفسه وقد ذكر استرباحه بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هنالك بما قبله وذكر ههنا استرباحه بغيره وهو المضاربة وان لم يستربح فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به حكم في المعاملات فبقي

(كتاب الاقرار)

حفظه بغيره وهو الوديعة **قوله** واذا اقر الحر البالغ العاقل الاقرار مشتق من القرار فكان
في اللغة عبارة عن اثبات ما كان متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق
وشروطه سنذكر في اثناء الكلام وحكمه انه ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دلالة على صدق المخبر به
لان المال محبوب بالطبع فلا يقر لغيره كاذبا وقد اعتضد هذا المعقول بقبوله عليه السلام
الاقرار والالزام به في باب الحدود فانه عليه السلام رجم ماعزا باقراره والغامدية باعترافها
فانه اذا كان ملزما في ما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى وهي حجة
قاصرة اما حجيته فلما تبين انه ملزم وغير الحجة غير ملزم واما قصوره فلعدم ولاية المقر
على غيره وتحقيقه ان الاقرار خبر متردد بين الصدق والكذب فكان محتملا والمحتمل لا يصلح
حجة ولكن جعل حجة بترجح جانب الصدق بانتفاء التهمة في ما يقر به على نفسه والتهمة باقية
في الاقرار على غيره فبقي على التردد النافي لصلاحيته للحجة وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال
ويصح بالحدود والقصاص وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر * ولعله لا يحتاج اليه لانه قال
اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزم او لم يلزم فساكت عنه
فلا يرد عليه شيء فيصح ان يقال ليس بمعذرة وانما هو لبيان التفرقة بين العبيد في صحة
اقاريرهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار بالمال دون المأذون له * وقوله
لان اقراره الخ دليل ذلك المجموع والضمير في اقراره للمحجور عليه اي اقرار المحجور عليه
عهد موجبا تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه لتضرر السيد بخلاف
المأذون له لانه مسلط على الاقرار من جهة المولى لان الاذن دلالة اذن بما يلزمها
وهو دين التجارة لان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره لا يصح فدل الاذن على الاشهاد
في ذلك [illegible] بخلاف الحدود والقصاص لان العبد فيهما مبقى على اصل الحرية
حتى لا يصح اقرار المولى عليه في ذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء

(كتاب الاقرار)

بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية والآدمية لا تزول بالرق ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لعدم اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه بحكم الاذن ملحق بالبالغين ولا يشترط كون المقر به معلوما فجهالته لا تمنع صحته لان الاقرار اخبار عن لزوم الحق والحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه فالاقرار قد يلزم مجهولا وعورض بان الشهادة اخبار عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له مجهولا فالشهادة قد تلزم به مجهولة وليست بصحيحة واجيب بان العلم بالمشهود به شرط بالنص وانتفاؤه يستلزم انتفاء المشروط بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار لان المجهول لا يصلح مستحقا وكذلك جهالة المقر مثل ان يقول لك على واحد منا الف * واذا اقر بالمجهول يقال له بيّن المجهول لانه المجمل فاليه البيان كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض النسخ لصريح اقراره وذلك اي الخروج انما يكون بالبيان فان قال له علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب في الذمة فيكون رجوعا عن الاقرار وذلك باطل واذا بين ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده المقر له اولا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا انه اخبر عن الوجوب وكذا اذا قال غصبت منه شيئا وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشائخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشائخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري في ما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر بغصب ذلك فكانت

مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع
فان قيل الغصب اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو
لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف او عدم قبول البيان فيهما
فالجواب ان ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد
اشار اليه بقوله تعويلا على العادة **قوله** ولو قال لفلان علي مال اذا قال في اقراره لفلان
علي مال فمرجع البيان اليه لكونه المجمل ويقبل قوله في ما بين الا في مادون الدرهم
والقياس قبوله لانه مال ووجه الاستحسان ترك الحقيقة بدلالة العادة ولو قال مال عظيم
قال الشافعي رح هو مثل الاول وقلنا الغاء لوصف العظم فلا يجوز فلا بد من البيان بما يعد
عظيما عند الناس والغنا عظيم عند الناس والغنا بالنصاب لانه يعد صاحبه غنيا فلا بد
من البيان به * فان بين بالمال الزكوي فلابد من بيان اقل ما يكون نصابا ففي الابل خمس
وعشرون لانه اقل نصاب يجب فيه الزكوة من جنسه وفي الدنانير بعشرين مثقالا
وفي الدراهم بمائتي درهم * وان بين بغيره فلابد من بيان قيمة النصاب وهذا قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله ولم يذكر محمد رح قول ابي حنيفة رح في الاصل في هذا الفصل
وروي عنه انه قال لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد
المحترمة وروي عنه مثل قولهما قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يجب مراعاة اللفظ
فيه فاوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة قال في النهاية
والاصح على قوله ان يبني على حال المقر في الفقر والغنا فان القليل عند الفقير عظيم
واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة ولو قال اموال عظام فالتقدير في ثلثة نصب
من اي نوع سماه اعتبارا لادنى الجمع واذا قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم
وهذا عند ابي حنيفة رح وفي اقل من مائتي درهم عندهما وفي اقل من ثلثة عند الشافعي رح
وقال لان الكثرة امر اضافي تصدق بعد الواحد على كل عدد والعرف فيها مختلف فكم

فكم من مستكثر عند قوم قليل عند آخرين وحكم الشرع كذلك تارة يتعلق بالعشرة
وباقل منه كما في السرقة والمهر على مذهبه وبالمائتين اخرى كالزكوة وجوبا وحرمانا
من اخذها وباكثر من ذلك كالاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة فلم يمكن العمل بها
اصلا فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة وقالا امكن العمل بها لان في النصاب كثرة
حكمية فالعمل به اولى من الالغاء وقال ابو حنيفة رح الدراهم مميز يقع تمييز العدد
واقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان ما بعده يميز بالمفرد يقال احد عشر
درهما ومائة والف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف
اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولا مانع من الصرف اليه لا يعدل الى
غيره ولو قال له علي دراهم فهي ثلثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الصحيح الذي لاخلاف
فيه بخلاف المثنى الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ وكونه عليه فلا تهمة وينصرف
الى الوزن المعتاد وهو غالب نقد البلد فان لم يكن فيه نقد متعارف حمل على وزن
سبعة لكونه معتبرا في الشرع **قوله** ولو قال كذا كذا درهما كذا كناية عن العدد والاصل
في استعماله اعتباره بالمفسر فما له نظير في الاعداد المفسرة حمل على اقل ما يكون من ذلك
النوع وما ليس له ذلك بطل فاذا قال كذا درهما كان كما اذا قال له علي درهم واذا قال
كذا كذا كان كاحد عشر وان ثلّث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير واذا قال كذا
وكذا كان احد وعشرين وان ثلّثه بالواو كان مائة واحدا وعشرين وان ربّع يزداد عليهم الالف
ولو قال له علي او قبلي فهو اقرار بالدين لان عليّ للايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان
على ما مر في الكفالة ولو وصل المقر فيهما بقوله وديعة صدق ويكون مجازا لا يجاب حفظ
المضمون والمال محله لكنه تغيير عن وضعه فيصدق موصولا لا مفصولا قال المصنف رح
وفي نسخ المختصر يعني في مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بامانة لان اللفظ ينتظمهما
حيث صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل

(كتاب الاقرار)

عليها وكان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكر في الاصل لان الهداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري الا ان المذكور في الاصل هو الاصح فقدمه في الذكر ولو قال عندي او معي او في يدي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده واليد تتنوع الى امانة وضمان فيثبت اقلهما وهو الامانة ونوقض بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين وديعة او وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة واجيب بانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشيء لا يكون تابعا لما دونه فتعين العكس ولو قال لرجل لي عليك الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها كان اقرارا بالمدعى لان ما خرج جوابا اذا لم يكن كلاما مستقلا كان راجعا الى المذكور والا فكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاولين بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الالف التي لك علي كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور لكونه مستقلا فكأنه قال اعد وزانا للناس واكتسب المال واترك الدعوى الباطلة او نقاد اوانقد للناس دراهمهم واما في قوله اجلني فلان التأجيل انما يكون في حق واجب واما في قد قضيتكها فان القضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كدعوى القضاء لانه يتلو الوجوب وكذلك دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان اقرارا لانه دعوى التمليك وذلك يقتضي سابقة الوجوب واذا قال له علي الف درهم الى سنة وقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له لان المقر اقر على نفسه وادعى حق التعجيل ولا يصدق كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق في دعوى الاجارة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق لان السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها وقد مرت المسئلة في الكفالة و

ويستحلف المقرله على انكار الاجل لانه منكر واليمين على من انكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب او مائة وشاة لزمه ثوب واحد وشاة واحدة والمرجع في تفسير المائة اليه لانه هو المجمل وهو القياس في الدراهم ايضا وبه قال الشافعي رح لان المائة مبهمة والمبهم يحتاج الى التفسير ولا تفسير له ههنا لان الدراهم معطوف عليها بالواو العاطفة وذلك ليس بتفسير لاقتضائه المغائرة فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره عقيب العددين والاستثقال في ما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في ما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت في الذمة دينا الا سلما والشاة لا تثبت في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة وقد انعدمت وكذا اذا قال مائة وثوبان يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا ان الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى يدل على المغائرة فانصرف اليهما جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب جمع لا تصلح تمييزاً للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد **قوله** ومن اقر بتمر في قوصرة الاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بشيئين احدهما ظرف للآخر فاما ان يذكرهما بكلمة في او بكلمة من فان كان الاول كقوله غصبت من فلان تمرا في قوصرة وهي بالتشديد والتخفيف وعاء التمر او ثوبا في منديل او طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لان غصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف وان كان الثاني كقوله تمرا من قوصرة وثوبا من منديل وطعاما من سفينة

لم يلزمه الا المظروف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الثاني لما لم يصلح ظرفا للاول لغا آخر كلامه ومن اقر بغصب دابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة يعني ان الاقرار اقرار بهما جميعا لكن لا يلزمه الاضمان الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما لانهما غير منقولين والغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل وعند محمد رح يدخلان في ضمانه دخولهما في الاقرار لانه يرى بغصب العقار والنصل حديدة السيف والجفن الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف والحجلة بيت يزين بالثياب والاسرة والعيدان برفع النون جمع عود وهي الخشبة وبقية كلامه تعلم من الاصل المذكور **قوله** لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب قيل هو منقوض على اصله بان قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير لزمه الكل عند محمد رح مع ان عشرة اثواب حرير لا يجعل وعاء لكرباس عادة **قوله** على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء معناه ان الجميع ليس بوعاء للواحد بل كان كل واحد منهما موعىً بما حواه والوعاء الذي هو ليس بموعىً هو ما كان ظاهرا فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوا وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في بمعنى البين والوسط **قوله** لان الضرب لا يكثر المال معناه ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لازالة الكسر لا في زيادة المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلته الف جزء لم يزد فيه وزن قيراط وباقي كلامه ظاهر وقد تقدم في كتاب الطلاق

* فصل *

لما كانت مسائل الحمل مغايرة لغيرها ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط **قوله** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم ومن اقر لحمل فلان فاما ان يبين

ان يبين سببا اولا فان بين سببا فاما ان يكون سببا صالحا اولا فان كان صالحا مثل ان يقول
اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه بين سببا لو عايناه حكمنا به فكذلك
باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلابد من وجود المقر له عند الاقرار فان جاءت به
في مدة يعلم فيها انه كان قائما اي موجودا وقت الاقرار بان ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار لزمه وان جاءت به لاكثر الى سنتين وهي معتدة فكذلك واما اذا
جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي غير معتدة لم يلزمه وكذا اذا جاءت به ميتا فالمال للموصي
والمورث حتى يقسم بين ورثته لان هذا الاقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل وان جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين ان كانا ذكرين
وان كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ
الانثيين وان كان السبب غير صالح مثل ان قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء
لانه بين مستحيلا لعدم تصورهما من الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا يولى عليه
فان قيل كيف كان ذلك رجوعا وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل
ظهور كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطاء ويد فلان صحيحة وهذا بخلاف
ما اذا اقر للرضيع وبين السبب بذلك لانه ان لم يتصور ذلك منه حقيقة فقد يتصور ذلك
حكما بنائبه وهو القاضي او من يأذن له القاضي واذا تصور بالنائب جاز للمقر اضافة
الاقرار اليه وان لم يبين سببا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح
وصححه محمد رح لان الاقرار اذا صدر من اهله مضافا الى محله كان حجة يجب
العمل بها لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى المحل
بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد المأذون له اذا اقر بدين
فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة كان صحيحا
تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف رح ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة

ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين عليه فاخذ به الشريك الآخر والعبد في حالة رقه فيصير بدلالة العرف كالتصريح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان الجارية كانت لواحد اوصى بحملها الرجل ومات والمقر وارثه ورث الجارية عالما بوصية مورثه واذا صح ذلك وجب الحمل عليه ولا وجه للميراث في هذه الصورة لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل ايضا ومن اقر لرجل بشيء على انه بالخيار في اقراره ثلثة ايام فالاقرار صحيح يلزم به ما اقر به لوجود الصيغة الملزمة وهي قوله علي ونحوه والخيار باطل لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله لان الخبر ان كان صادقا بمطابقته للواقع فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا لم يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثيره في العقود لتتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

* باب الاستثناء وما في معناه *

لما ذكر موجب الاقرار بلا تغيير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه في كونه تغييرا وهو الشرط * والاستثناء استفعال من الثني وهو الصرف * وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقي * ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه **قوله** ومن استثنى متصلا باقراره ومن استثنى متصلا باقراره صح استثناؤه ولزمه الباقي اما لزوم الباقي فلان الاستثناء مع الجملة اي الصدر عبارة عن الباقي لان معنى قوله علي عشرة الا درهما معنى قوله علي تسعة لما عرف في الاصول * واما اشتراط الاتصال فانه قول عامة العلماء ونقل عن ابن عباس رضي الله عنه جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا في الاصول ولا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر وهو ايضا قول الاكثر وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لم يتكلم بذلك والدليل على جوازه قوله تعالى قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا أَوْ زِدْ عَلَيْهِ واستثناء الكل باطل لما ذكرنا انه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان او مفصولا فان استثنى الجميع لزمه الاقرار

الاقرار وبطل الاستثناء هذا اذا كان الاستثناء بعين ذلک اللفظ واما اذا كان بغير ذلک اللفظ
فانه يصح قال المصنف فی الباب الاول من ايمان الزيادات استثناء الكل من الكل
انما لا يصح اذا كان الاستثناء بعين ذلک اللفظ اما اذا كان بغير ذلک اللفظ فيصح كما اذا قال
نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الاعمرة وزينب وسعاد حتی اتی علی الكل
صح قيل وتحقيق ذلک ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول امكن جعله تكلما بالحاصل
بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه في ما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الی
ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنی بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج بخلاف
ما اذا كان بعين ذلک اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح
اللفظ علی المعنی واهمال المعنی رأسا فما وجه ذلک اجيب بان الاستثناء تصرف لفظي
الا يری انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقعت طلقتان وان كان
الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد علی الثلث ومع هذا لا يجعل كانه
قال انت طالق ثلثا الا اربعا فكان اعتباره اولی ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز
حنطة صح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالی ولزمه مائة الا قيمة الدينار او القفيز خلافا
لمحمد رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء عندنا خلافا للشافعي رح وقوله فيهما
في قول محمد والشافعي رحمهما الله يعود الی المقدر وغيره لان الكلام السابق يشتمل
علی الدينار والقفيز وذلک مقدر وعلی الثوب وهو غير مقدر لمحمد رح ان الاستثناء
ما لولاه لدخل تحت اللفظ وذلک لا يتحقق في خلاف الجنس وهذا هو القياس وللشافعي رح
ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفی المانع بعد تحقق المقتضي وهو
التصرف اللفظي وكلام المصنف رح كما تری يشير الی ان المجانسة بين المستثنی منه
والمستثنی شرط عند الشافعي رح ايضا وهو الحق وقرر الشارحون كلامه علی انها ليست
بشرط بناء علی ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح

لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة * ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر
لم يتناول المستثنى فهو احوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا * ولابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ان شرط الاستثناء المتصل المجانسة وهي في المقدرات ثابتة
وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام في تناولها اياه
حكما فقلنا بتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات
والعددي المتقارب اما الدنانير فظاهرة واما المقدرات فلانها اثمان باوصافها فانها اذا
وصفت ثبتت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها واما العددي المتقارب فلانه
بمنزلة المثلي في قلة التفاوت وما كان ثمنا صلح مقدرا لما دخل تحت المستثنى من الدراهم
لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى من الدراهم
بقيمته واما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة بل يثبت سلما او
ما هو بمعنى السلم كالبيع بثياب موصوفة وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة
فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه
فلا يصح الاستثناء ولقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة
والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث
القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا من حيث
اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك
في غير المقدرات **قوله** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله تعالى ومن قال لفلان علي مائة درهم
ان شاء الله لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف رح
او تعليق كما هو مذهب محمد رح وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشيئة فقال
ان شاء الله انت طالق فعند ابي يوسف رح لا يقع الطلاق لانه ابطال وعند محمد رح
يقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء بقي الطلاق من غير شرط

شرط فوقع وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار لانه ان كان الاول فقد ابطل وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما يكون
بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه والتعليق به غير صحيح
وقد تقدم في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس
الشهر او اذا افطر الناس لانه ليس بتعليق بل هو بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى الاجل
الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كما تقدم
قوله ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه ومن قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي
فللمقر له الدار والبناء لان البناء لم يتناوله لفظ الدار مقصودا والاستثناء لبيان ان المستثنى
من متناول لفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحته فالبناء لا يكون مستثنىً اما ان لفظ
الدار لم يتناول البناء مقصودا فلانه يدخل فيه تبعا ولهذا لو استحق البناء قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري واما ان الاستثناء لبيان ذلك فلانه تصرف
لفظي وقد تقدم ذلك والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل
فيه تبعا لا لفظا ولو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فهو كما قال لان ذلك داخل
فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن ولو قال هذه الدار
لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها بعد ذلك
فلا يصدق الا بحجة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة
عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فالبناء لا يتبعها بخلاف
ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وجنس هذه المسائل يخرج على اصلين * احدهما ان الاقرار بعد
الدعوى صحيح دون العكس * والثاني ان اقرار الانسان ليس بحجة على غيره فاذا اقر بشيئين
يتبع احدهما الآخر كالارض والبناء فان كان لشخص فظاهر وان كان لشخصين فان قدم التابع

فقال بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول لما صح لم يصح جعل
البناء تابعا ثانيا لئلا يلزم الاقرار على الغير وان قدم المتبوع فكلاهما للمقر له به لان
الاقرار به يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعد ذلك اقرار على الغير فلا يصح واذا اقر باحدهما
فان كان المتبوع كقوله الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع
كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح
وفي الثاني عكسه فصح **قوله** ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد ومن قال له علي
الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فاما ان ذكر عبدا بعينه اولا فان كان
الاول فهو على وجوه * احدها ان يصدقه المقر له فيقال له ان شئت سلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك لانهما تصادقا والثابت بالتصادق كالثابت معاينة [illegible] اذا تصادقا
وثمن البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على
المقر له والجواب ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك
فان حكمنا بذلك كان حكما بالادعاء [illegible] باطل * والثاني ان يقول المقر له العبد
عبدك ما بعتكه وانما بعتك [illegible] فالمال لازم على المقر لاقراره
[illegible] العبد [illegible] المقر [illegible] القول
لك [illegible] الالف [illegible] في هذا الوجه ان يكون
[illegible] في يد المقر او المقر له * والثالث ان [illegible] لا يلزم المقر شيء
لان المقر ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد [illegible]
[illegible] في يد [illegible] اذا [illegible] في يد [illegible] العبد [illegible]
مع ذلك اي مع [illegible] غير [illegible] عبد آخر [illegible]
المقر [illegible] الالف [illegible] غيره [illegible]
يكون [illegible] من المقر والعبد سالم [illegible] وان كان [illegible]

الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل او فصل لانه رجوع عما اقر به فان اقراره بهم رجوعا الى كلمة على واشتراط القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او طارئة كما اذا اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع لعدم القدرة على تسليم المجهول وذلك يوجب سقوط الثمن فاول كلامه اقرار يوجب الدين وآخره يوجب سقوطه وذلك رجوع فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المقر له اما ان يصدق المقر في الجهة او لا فان صدقه فالقول للمقر في عدم القبض كما سيأتي وان كذبه فالمقر اما ان وصل بقوله لم اقبضه او فصل فان وصل فالقول قوله وان فصل لم يصدق لان اول كلامه موجب وآخره قد يغيره لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان بيان تغيير وهو انما يصح موصولا والموعود هو معنى قوله وان اقر انه باعه متاعا من آخر وانما عبر عنه بذلك ايهاما ان الحكم في المتاع حكم العبد قوله وجه لادراك الوجوب اي بمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشتري لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التردد لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري لكنه يتأكد بالقبض والمدعي يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وفي عبارته نظر لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط ولابد من جواب وقوله وبه لا يتأكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله فيكون لوجود الفاء ولعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك ويمكن ان يقال جزاؤه محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب لا يتأكد لكنه يتأكد بالقبض كان الطالب مدعيا بالقبض والمقر منكره فيكون القول قوله ولو قال ابتعت منه عينا بعض النسخ ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعضها عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع الخ

ليس من ضرورة البيع القبض ولم يقر بوجوب الثمن لجواز ان يوجد البيع ولا يجب الثمن كما لو اشترى بخيار الشرط بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فان من ضرورته القبض هذا مفهوم كلام المصنف رح وفيه نظر فانه انما كان كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع **قوله** وكذلك لو قال من ثمن خمر او خنزير ولو قال له علي الف من ثمن خمر او من ثمن خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل او فصل اذا لم يصدقه المقر له لانه رجوع لانه اقر بوجوب الف ثم زعم انه لم يكن واجبا عليه لان ثمن الخمر لا يجب على المسلم فكان رجوعا وقالا اذا وصل لم يلزمه شيء لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب لان الخمر مال يجري فيه الشح والضنة وقد اعتاد الفسقة شراءها واداء ثمنها فيحتمل انه بنى اقراره على هذه العادة فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله واجاب بان ذلك تعليق لان صيغته وضعت له والتعليق بين اهل اللسان متعارف كالارسال فكان من باب البيان ووجوب المال عليه من حكم الارسال فمع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار غير صحيح موصولا ومفصولا ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او اقرضني الفا وبين انها زيوف او نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد عند ابي حنيفة رح وقالا ان قال ذلك موصولا صدق والا فلا وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص لكن على احد قولي ابي يوسف رح فان في رواية عنه لا يصدق وان وصل وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وعلى هذا اذا قال له علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير لان اسم الدراهم اذا اطلق ينصرف الى الجياد لكنه يحتمل الزيوف بحقيقته حتى لو تجوز به في الصرف والسلم كان استيفاء لا استبدالا والستوقة بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا ولكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه فاذا ذكرهما آخرا كان بيان تغيير فيصح موصولا كالشرط والاستثناء وصار كما اذا قال الا انها

الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب فلم يكن داخلا تحت العقد ليكون دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري سليما كان القول للمشتري لما بينا ان مطلق العقد يقتضي السلامة والستوقة ليست من جنس الاثمان والبيع يرد على الثمن فلم يكن من محتملات العقد فكان دعواها رجوعا **قوله** وقوله الا انها وزن خمسة جواب عما استشهدا به ووجهه انه ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة فانها وصف واستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صفتان يتعاقبان على موضع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة في الحنطة نوع لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما تخلو عنه اصل الخلقة السليمة والحنطة قد تكون رديئة في اصل الخلقة واذا كان نوعا لم يكن مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشرى بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط او رديئة فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فصح موصولا كان او مفصولا وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب رد مثل المقبوض والمقبوض قد يكون زيفا كما في الغصب وجه الظاهر ان التعامل بالجياد والجياد هي المتعارفة والمطلق ينصرف الى المتعارف * والمراد بالاصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر الرواية ومن الامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية وقوله له لان علي الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال الفقيه ابو جعفر لم يذكره في الاصول فمن المشائخ من قال يصدق بالاجماع اذا وصل

لان اسم الدراهم يتناولها ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقال الكرخي هو على الاختلاف لا يصدق عنده مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة سواء ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الفا ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف الاستقراض لان التعامل فيه بالجياد كما مر فيكون بيان النوع فيصح وان كان مفصولا وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة رح ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا ويمكن ان يجاب عنه [illegible] متصفا بها من حيث الخلقة فيكون ممنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون [illegible] يجوز ان يكون ممنوعا وعيبا والضابطة في ذلك ان ينظر في الجهة الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان تكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها [illegible] في التضاد فكانت [illegible] ضد السلامة عيب واذا لم يقتضها كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس الانواع [illegible]

قوله ولهذا اي ولاجل ان لا مقتضى له في الجياد لو جاء راد المغصوب [illegible] بالمعيب كان القول قوله فان الاختلاف متى وقع في صفة المغصوب [illegible] ضمنا كان [illegible] وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق [illegible] اذ الموجب للضمان [illegible] ولو [illegible] سوق او رصاص [illegible] لا يصدق لان الستوقة ليست من جنس [illegible] [illegible] واو قال في هذا كله [illegible] والوزن [illegible] الا انه يقتصر كذا فان وصل صدق [illegible] تقدم

تقدم بيانه ولو كان انفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو وصل لان الانسان قد يحتاج الى التكلم بكلام كثير وقد يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا لعدم امكان الاحتراز قوله ومن اقر بغصب ثوب هذه قد تقدم وجهها بان الغصب لا يختص بالسلم قوله ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم المقر اما ان يتكلم بما يدل على فعل نفسه كقوله اخذت وشبهه او على فعل غيره كاعطيت فان كان الاول واتى بما لا يوجب الضمان نحو ان يقول اخذت وديعة فان صدقه المقر له فذاك وان كذبه فان ادعى ما يدل على الاذن بالاخذ كالقرض فالقول للمقر مع يمينه وان ادعى غيره ضمن المقر لانهما في الاولى توافقا على ان الاخذ كان بالاذن والمقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف الثانية وان كان الثاني نحو ان يقول اعطيتني وديعة وادعى الآخر غصبا لم يضمن والفرق انه في الاول اقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه والآخر ينكره فكان القول قوله وفي الثاني ادعى الخصم سبب الضمان وهو الغصب وهو منكر فالقول قوله فان قيل الاعطاء والدفع لا يكون الا بقبضه قلنا ممنوع هو قد يكون بالتخلية سلمناه لكنه ضروري فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وكلامه ظاهر قوله القول قول الذي اخذت منه الدابة والثوب يعني اذا لم يكن ذلك معروفا للمقر اما اذا كان كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سبب الاستحقاق عليه وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول ههنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة رح وقوله وجه القياس ما بينا في الوديعة اراد به قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكره والقول للمنكر وقوله فيكون القول قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد انه باي طريق كان كما اذا قال ملكت عبدي لك الا انني لم انص الثمن ولي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه وقوله وقد يكون من غير صنعه كالملقط فانها وديعة

في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت ريح والقت ثوبا في دار انسان وقوله وليس مدار الفرق اشارة الى الرد على الامام القمي في ما ذكره ان الرد انما وجب في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وقال في الاجارة واختيها اي العارية والاسكان فردها علي فكان الافتراق في الحكم للافتراق في الوضع وقال في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا رح ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا وانما الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب وهذا اي الذي ذكر في الاجارة واختيها بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او قرضته الف ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض مال مضمون والاقرار بقبض مال مضمون اقرار بسبب الضمان ثم ادعى تملك ما اقر بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في كلام المصنف رح بحسن التدبير ان شاء الله تعالى وباقي كلامه لا يحتاج الى شرح

باب اقرار المريض

افرد اقرار المريض في باب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واخره لان المرض بعد الصحة **قوله** واذا اقر المريض في مرض موته اذا مرض المديون ولزمته ديون حال مرضه باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او استهلكه ومهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة واقر في مرضه بديون غير معلومة الاسباب فديون الصحة والتي عرفت اسبابها مقدمة على الديون المقر بها وقال الشافعي رح دين الصحة ودين المرض سواء كان بسبب معلوم اولا يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن الاهل اذا فرض فيه المضاف الى

الى محله وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف مبايعة او مناكحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا امنع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين * وفي هذا التوضيح جواب عن ما ادعى الشافعي رح من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وقد تضمن ابطال حق بقية الوارث اجيب بان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت **قوله** بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي رح من انشاء النكاح والمبايعة وذلك لان النكاح من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمه دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية **قوله** وهو بمهر المثل يجوز ان يكون حالا يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فانٍ رابعة جاز وليست بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية اجيب بان النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان الحال مما لا يوقف عليها **قوله** وبخلاف المبايعة يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصورة والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر اجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير فلم يحتج الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه اي حالة المرض حالة

عجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر
في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق
غرماء الصحة لذلك اجاب بقوله وحالتا المرض حالة واحدة يعني اوله وآخره بعد اتصال
الموت به حالة واحدة لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران
جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فيفترقان
فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار
في اول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل افاد الفرق بين دين الصحة ودين
المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب فقال وانما تقدم الديون المعروفة
الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له فيقدم على المقر به ويصير مثل دين الصحة
يتقدم احدهما على الآخر لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره
قوله ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه يمنعه
عن ذلك تعلق حق الغرماء بالعين ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون
بعض سواء كانوا غرماء الصحة او المرض او مختلطين لان في ذلك ابطال حق الباقين
فلا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون بين الغرماء بالحصص وقال
الشافعي رح يسلم له ذلك لان المريض ناظر لنفسه في ما يصنع فربما يقضي من يخاف
ان لا يسامحه بالابراء بعد موته ويخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود
والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره **قوله** الا اذا قضى ما استقرض استثناء
من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه او نقد ثمن
ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينة او بالمعاينة جاز وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره
لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر يعدله الا ترى انه لو رد ما استقرضه
بعينه او فسخ البيع ورد المبيع كان يصح بلا تهمة [illegible] لحق غير [illegible] فكذا لا يمنع ذلك

ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل فاذا قضيت الديون المتقدمة بنوعيها
وفصل شيء صرف الى ما اقربه في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول
على الصدق في حقه حجة عليه وانما رد حقا لغرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت
صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل المال لعدم تضمنه ابطال
حق الغير فكان المقرله اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين
جاز ذلك عليه في جميع تركته فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وذلك اقوى من قول عمر رضي الله عنه اجيب بان ذلك
في الوصية وما في معناها والاقرار للاجنبي ليس من ذلك كما سيأتي ولان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية لان به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة
بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه **قوله** ولو اقر المريض لوارثه
لا يصح واقرار المريض لوارثه باطل سواء اقر بعين او دين الا ان يصدقه فيه بقية
الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار لحق ثابت لترجح جانب
الصدق فيه بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيا في فكاك رقبته
وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث كما اذا اودع
اباه الف درهم بمعاينة الشهود فلما حضرت الوفاة الاب قال استهلكتها ومات وانكر بقية
الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقرله خاصة لان تصرف المريض
انما يرد للتهمة ولا تهمة ههنا الا يرى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته
لانه مات مجهلا ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وهو نص في الباب
لكن شمس الائمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما
واراد به ما روي عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان
احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه أخذ علماؤنا لان

قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس ولان حق الورثة تعلق بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وتذكر ما اوردناه بالاقرار بوارث آخر وما اجبنا به عنه ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار لبعض الورثة فيها يورث شبهة تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حال الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه فلا يحصل الربح وكذا لم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا وهو السؤال المذكور به آنفا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فصح اقراره **قوله** واذا اقر لاجنبي جاز واذا اقر المريض لاجنبي صح وان احاط بماله لما بينا ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا انه ذكرها تمهيدا لذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الا بمقدار الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا انا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم حتى يأتي على الكل فان قيل للمريض حق التصرف في ثلث ماله مع الاجنبي بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ما له صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فكلما اقر بدين صار محل التصرف

(كتاب الاقرار ـــ * باب اقرار المريض *)

التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محلّ تصرف المريض وصيةً بل الثلث محلها ليس الا فافترقا **قوله** ومن اقر لاجنبي الى آخره المقر له اما ان لا يكون وارثا للمريض او يكون والوارث اما مستمرا وغير مستمر وغير المستمر اما ان يكون وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره واما ان يكون وارثا حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره * وما لغيره فاما ان يكون سبب الارث مما يستند الى وقت العلوق اولا واما ان يكون اعني غير المستمر وارثا في الحالين غير وارث بينهما فذلك ثمانية اوجه ففي ما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع وفي ما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفي ما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء بحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث ثم ولد له ولد او اسلم الولد الكافر او عتق الرقيق صح الاقرار باتفاق اصحابنا لان الوراثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالاجنبي وان كان لغيره كما اذا ... زوجته في مرضه ثلثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة الايثار لقيام العدة فلعله استعجل صيرورتها وباب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فثبت وفي ما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل الاقرار خلافا لزفر رح اعتبارا لحالة الاقرار لانه يوجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها قلنا الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين بموت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج * وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل * والفرق ان بالمستند يتبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفي ما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار

عند ابي يوسف رح وجاز عند محمد رح وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر في ما قبله فيما ليس بمستند كما ان اقر لشخص في مرضه ثم صح ثم مرض فمات * ووجه قول ابي يوسف رح وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

* فصل *

ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال لقلته * ولصحة الاقرار بالولد ثلث شرائط ان يكون يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وان لا يكون الولد ثابت النسب اذ لو كان لامتنع ثبوته من غيره وان يصدق المقر به في اقراره اذا كان يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما مر في باب دعوى النسب ولا يمتنع الاقرار به بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة ليس فيه تحميله على الغير فيثبت واذا ثبت كان كالوارث المعروف فيشارك ورثته

قوله ويجوز اقرار الرجل بالوالدين هذا بيان ما يجوز الاقرار به وما لا يجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى يعني مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل جائز سواء كان اقراره بهؤلاء في حال الصحة او المرض لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين المصنف والمذكور في المبسوط والايضاح وجامع الصغير الامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر الاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب الهداية والله اعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور ... اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بيناه انه اقرار بما يلزمه الخ وفي ... اقرار

واقرار المرأة يصح بثلثة نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والامر في ذلك ماذكرنا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم وعليه الاجماع الاان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد القابلة بالولادة اذ الغرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق **قوله** وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها ولا بد من تصديق هؤلاء والمرأة * شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لانه مما يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم النكاح باق وهو العدة لانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا يرى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال ابوحنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا عدة عليه ليصح باعتبارها ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ومعناه ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار وبتفسير ماذكرتم ويمكن ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المقر به واما الارث فليس بلازم له لجواز ان تكون المرأة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره

قوله ومن اقر بنسب من غير الوالدين ومن اقر باخ او عم لم يقبل في النسب لان فيه

حمله على الغير واما في الارث فاما ان يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا كذوي الارحام اولا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له هذا لانه لما لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميعه يستحق الموصى له ودقية كلامه لا يحتاج الى بيان **قوله** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسبه مبني على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح فيشاركه في الارث وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن ابي حنيفة رحمه الله وان كان المقر احد ابنين لم يثبت النسب ايضا لكن المقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل ان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير والاشتراك في ماله ولا ولاية له في الاول فلم يثبت وله ذلك في الثاني فيثبت قال ابو حنيفة رح اذا اقر احد الابنين باخ ثالث وكذبه اخوه المعروف فيه اعطاه المقر نصف ما في يده وقال ابن ابي ليلى يعطيه ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة الاخ * ولابي حنيفة رح ان زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم فيجعل ما في يد المنكر كالهالك ويكون الباقي بينهما بالسوية **قوله** ومن مات وترك ابنين ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون بناء على ما ذكرناه من الاقرار على نفسه وعلى غيره وهو الاخ والميت فصح على نفسه ولا يصح على غيره يحلف الاخ بالله ما يعلم ان اباه قبض منه الخمسين ويقبض الخمسين من الغريم لان هذا اقرار بالدين على [illegible] الا [illegible] [illegible] على ماله [illegible] [illegible] باقراره

[illegible] يوجب [illegible] [illegible]

استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا خلافا لابن ابي ليلى كما ذكرنا آنفا وعورض بان صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الورثة لم يبق على زعمه من الدين الا الخمسون فلم يتحقق القسمة فان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على الشركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور وذلك لانه لو رجع المقر على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القبض وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع لتمام حقه ويرجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور ولقائل ان يقول اذا كان من زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان اخاه في اقراره ظالم وهو في ما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم لا يظلم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع ظالما لم بل طالب لتمام حقه

* كتاب الصلح *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا نعيده وهو اسم للمصالحة خلاف المخاصمة * وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة * وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وقد بيناه في التقرير * وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض وسيأتي تفصيله * وركنه الايجاب مطلقا والقبول في ما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه

لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع لغيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت * وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان الخصم ومقرا ووقوعه للمدعى عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة له في غيره ان كان مقرا * وان كان منكرا فحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك اولا * وانواعه بحسب احوال المدعى عليه ما هو المذكور في الكتاب وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكر * وجوازه ثابت بالكتاب والسنة **قوله** الصلح على ثلثة اضرب الحصر على هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد تكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لانه سقط بقوله مجيبا وكل ذلك جائز لقوله تعالى والصلح خير واللام باطلاقه يتناولها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ فكان للعهد اجيب بان الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر للتعليل اي لا جناح عليهما ان يصالحا صلحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله ان يصلحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه وان حسنوا ان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكامل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امرأة نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن الاقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذلك باطل غير مشروع بالحديث المروي ولان المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وذلك رشوة وهي حرام ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير واول ما رويناه من الحديث

(كتاب الصلح)

قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة اولا يتسرى والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده وعرفنا ان المراد به ما كان حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع او من جهة الآخذ وليس شيء منهما بموجود اما الثاني فلان المدعي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع واما الاول فلان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا ايضا مشروع اذ المال وقاية الانفس ودفع الظالم عن نفسه بالرشوة امر جائز لا نسلم الجواز لقوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي وهو عام لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في امر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى اخرج الوالي احد الورثة عن الارث واما دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز للدافع وتمامه في احكام القرآن للرازي فان قيل فعلى هذا اذا ادعى على آخر الف درهم وهو ينكر وتصالحا على دنانير مسماة ثم افترقا قبل القبض ينبغي ان يجوز لان هذا الصلح في زعم المدعى عليه لدفع الخصومة عن نفسه لا للمعاوضة ومع هذا لا يجوز اجيب بان عدم جوازه بناء على زعم المدعي اذ في زعمه انه صرف لانه صالحه عن الدراهم على الدنانير والقبض شرط فيه في المجلس **قوله** فان وقع الصلح عن اقرار اذا وقع الصلح عن اقرار وكان عن مال على مال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين فيجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده

جهالة المصالح عليه لانها تفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج اليه وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه وعلى ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز * والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع (ان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح فاذا صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز فان الاعتبار في العقود للمعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة كالاجارة واما اذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ان [illegible] يأخذه عوضا في زعمه وان قيل العقد الواحد كيف يتصف بصفة وباخرى تنافيها

تقابلها اجاب بقوله ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ
في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحل في حق امرأته
والتحريم المؤبد في امها وهذا اي كونه لافتداء اليمين وقطع الخصومة في الانكار ظاهر
واما في السكوت فلانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
مع ان حمله على الانكار اولى لان فيه دعوى تفريغ الذمة وهو الاصل **قوله** واذا صالح
عن دار اذا صالح عن دار عن انكار وسكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها اي المدعى عليه
يستبقي الدار على ملكه لا انه يشتريها ويدفع المال لدفع الخصومة على زعمه والمرأ
يؤاخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار لان المدعي يأخذها
عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه
فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح
عنه رجع المدعى عليه على المدعي بحصة المستحق من العوض لانه لكونه عن اقرار
معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك واذا صالح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه
ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه واذا ظهر
الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه
فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين
ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض بما اذا
ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح واخذ الدار
ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال
في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه
مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك

لانتفاء الخصومة فيرجع واما المدعي فهو في خيرة في دعواه فكان البيع باختياره ولم يظهر
عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي
حصة المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه اي في اصل الدعوى اما رجوعه
عليه فلانه قام مقام المدعى عليه في كون البعض المستحق في يده واما رد الحصة فلخلو العوض
في هذا القدر عن غرض المدعى عليه ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار
رجع بكل المصالح عنه لانه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع
بمبدله كما في البيع وان استحق بعضه رجع بحصته اعتبارا للبعض بالكل وان كان الصلح
عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل
فيه هو الدعوى هذا اذا لم يجر لفظ البيع في الصلح اما اذا اجري كما اذا ادعى دارا
وانكر المدعى عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبد وقال بعتك هذا العبد بهذه الدار
ثم استحقت فان المدعي يرجع على المدعى عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه
على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذ الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم
البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
الى المدعي فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين اي في فصل الاقرار
والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى
قوله وان ادعى حقا في دار هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع
فلا نعيدها ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها كبيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان
ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه وابرأ
عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء وذكر شيخ الاسلام انه
لا يسمع دعواه وذكر صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه ان الابراء لاقى عينا
ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره ابرأتك من دعوى هذه العين صح

صح ولو ادعاه بعد ذلك لم يسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت معلوم عن دار اخرى صح لكونه حينئذ بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونه اجارة معنى حتى شرط كون المدة معلومة ولو اراد المدعي ان يدعي البقية لم يكن له ذلك لوصول كل حقه اليه باعتبار بدله عينا او منفعة قال المصنف رح والوجه فيه اي الحيلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح ليصير عوضا عن حقه في ما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي مثل ان يقول برئت من دعواي في هذه الدار فانه يصح لمصادفة البراءة الدعوى وهو الصحيح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل وفي ذكر لفظ البراءة دون الابراء اشارة الى انه لو قال ابرأتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار كان باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك * والفرق بينهما ان ابرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا وقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الواقعات في تعليل هذه المسئلة لان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه اضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله ان يخاصم فيها بعد ذلك معناه على غير المخاطب وهو ظاهر

* فصـــــل *

لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرائطه ومن ذكر انواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جائز عن دعوى الاموال الاصل في هذا الفصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال بمال كان في معنى البيع كما مر واذا كان عن المنافع بمال كما اذا كان اوصى بسكنى داره فمات وادعى الموصى له السكنى فصالح الورثة على شيء كان

في معني الاجارة لان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح واذا صالح من جناية العمد او الخطاء صح اما الاول فلقوله تعالى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ووجه الاستدلال على احد معنيه وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك فمن اعطي له في سهولة من اخيه المقتول شيء من المال بطريق الصلح فاتباع اي فلولي القتيل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف اي على مجاملة وحسن معاملة واداء اي وعلى المصالح اداء ذلك الى ولي القتيل باحسان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز الصلح عن جناية القتل العمد * واما المعنى الآخر وهو المروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى غير العافي حقه وافيا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح **قوله** وهو بمنزلة النكاح اشارة الى اقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي واذا كان في معناه فما صلح ان يكون مسمى في النكاح صلح هها فلو صالحه على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صداقا فكذا بدلا في الصلح وان صالح على ذلك ابدا لم يجز لانه لم يصلح صداقا لجهالته فكذا بدلا ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملزوم الا يرى ان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صداقا واذا صالح على ان يعفو عن عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم

بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكتفي بكون العوض فيه متقوماً والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضاً عنه فيجوز ان يقع عوضاً من قصاص آخر وقوله الا ان عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا بمعنى لكن اي لكن اذا فسد التسمية بجهالة فاحشة او بتسمية ما ليس بمال متقوم فرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة او ثوب غير معين يصار الى الدية لان الولي ما رضي بسقوط حقه فيصار الى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا يتحمله العاقلة لوجوبه بعقده وان كان الثاني كما لو صالح على خمر فانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوماً صار ذكره والسكوت عنه سيان ولو سكت بقي العفو مطلقاً وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي في فصل تسمية المال المجهول وفصل الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه كما قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وموضعها اصول الفقه * وتحقيقه ان المهر من ضرورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى مالا صار كما لم يسم مهراً ولو لم يسم مهراً وجب مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضروراته وجوب المال فانه لو عفي بلا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحاً والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو ممن له الحق فصح ان وجوبه ليس من ضروراته ويدخل في اطلاق جواب الكتاب وهو قوله ويصح عن جناية العمد الجناية في النفس وما دونها وهذا اي الصلح عن جناية العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق ان يتملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك فاخذ البدل اخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام اما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان اخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحاً واذا لم يصح الصلح بطل الشفعة لانه تبطل

بالاعراض والسكوت وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا من الصلح على أخذ
بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت
بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة لكن لا تبطل شفعته لانه
لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق
الشفعة يعني اذا كفل عن نفس رجل فجاء بالمكفول له وصالح الكفيل على شيء
من المال على ان يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح
ولا يجب المال غيران في بطلان الكفالة روايتين في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة
تبطل وهي رواية ابي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت
لا تعود * وفي الصلح من رواية ابي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس قد تكون موصلة
الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضي ان يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا
واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ثم الصلح فيه اما ان يكون
على احد مقادير الدية اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد
فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا
والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز بالزيادة
على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال
فكان الواجب ان لا يقابله مال لكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضيا
عليه كالتسمية في النكاح فان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا وآخر خطاء ثم صالح
[illegible] على اكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطاء [illegible] وما بقي لصاحب العمد
[illegible] ولآخر الف درهم فصالحهما على [illegible] آلاف درهم [illegible] فلصاحب
[illegible] لصاحب الدية [illegible] كما اذا صالح على [illegible] جاز
[illegible] يشترط القبض في المجلس [illegible] يكون افتراقا عن

عن دين الدية بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة
من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء
في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطي عوضا عن الواجب
فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة
القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز
فكذا هذا **قوله** ولا يجوز عن دعوى حد الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز
فاذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ
على مال ليترك ذلك فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد
حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال او تحليل
الحرام * واذا ادعت امرأة على رجل صبيا هو بيدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة
النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من النسب على مائة درهم
فالصلح باطل لان النسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه واذا اشرع رجل الى طريق
العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم
بذلك * وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذ فصالح رجل
من اهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه
مفيد لانه يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضى الباقين * وقيد بقوله واحد على الافراد
لان صاحب الظلة لو صالح مع الامام على دراهم ليترك الظلة جاز اذا كان في ذلك صلاح
للمسلمين ويضعها في بيت المال لان الاعتياض الامام عن الشركة العامة جائز ولهذا الوداع شيئا
من بيت المال صح وحد القذف داخل في جواب الحد ولان المغلب فيه حق الشرع ولهذا
لا يجوز عفوه ولا يورث بخلاف القصاص **قوله** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا
هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شبها واذا جحدت

النكاح فصالحته على مال بذلته امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وبدلا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان اقام على التزويج بينة بعد الصلح لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما اخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع انواع الصلح الا ان يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجز * وجه الاول ان يجعل كأن الزوج [illegible] بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها * ووجه الثاني انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة واذا ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فهو اقرب العقود شبها العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى اجل في الذمة ولا يصح ذلك الا فيما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان ويجعل في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل [illegible] الا انه لا يثبت الولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة بعد ذلك فيثبت الولاء لانه ثبت بحجته كونه عبدا له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال ففيه الولاء واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا فصالح عن نفسه لم يجز سواء كان عليه دين او لا وان قتل عبدا للعبد المأذون له رجل عمدا فصالحه جاز سواء كان عليه دين او لا والفرق [illegible]

[illegible]

لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا
اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وتحقيق هذا ان المستحق
كالزائل عن ملكه فصار كانه مملوك للولي ولهذا كان له ان يتلفه وهذا اي الصلح
كانه شراؤه وهو يملك ذلك بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراءه فكذا
لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عمدا وصالح عن نفسه
جاز واجيب بان المكاتب حريدا واكسابه له بخلاف المأذون له فانه عبد من كل وجه
وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح
لانه لما صالحه فقد عفا عنه ببدل له فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى
ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه
صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل
ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا **قوله** ومن غصب ثوبا يهوديا يهود قوم من اهل
الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم
القيمة فكل قيمي معلوم القيمة حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة
فاستهلكه فصالح من القيمة على اكثر منها من النقود جاز عند ابي حنيفة رح وقالا بطل
الفضل على قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بالغصب لانه المحتاج الى الصلح غالبا * وقيد
بالقيمي احترازا عن المثلي فان الصلح عن كر حنطة على دراهم او دنانير جائز
بالاجماع سواء كانتا اكثر من قيمته اولا لكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما
لئلا يلزم الكالي بالكالي * وقيد بكونه معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع
من لزوم الزيادة عندهما * وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائما جاز الصلح على
اكثر من قيمته بالاجماع * وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في الذمة
حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع * والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة

(كتاب الصلح * فصل *)

عين المغصوب حقيقة ان كان قائما وتقديرا ان لم يكن عند ابي حنيفة رح وعندهما بمقابلة
قيمة المغصوب فقالا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها
بما لا يتغابن فيه الناس كان ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين
فلا يظهر فيه الزيادة ولابي حنيفة رح طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على
ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين
كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له
واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب او العبد
ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما والثاني ان الواجب على الغاصب
رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده فهو الاصل في الغصب فاما
تجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين فكان ذلك ضروريا لا يصار اليه
الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر
الفضل ليكون ربوا وفي كلام المصنف رح تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل
المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا
انقطع المثلي فح يصار اليها ويمكن ان يجاب عنه بانه جعل ذلك اشارة الى ان المثلي
اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر
كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة
ونوقض بما لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا
عن المغصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المغصوب ثمن وبمقابلة [illegible]
وبما لو [illegible] الدية على اكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز واجيب بان المغصوب
المستهلك [illegible] فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى [illegible] على

على ذلك حالا جاز وبان البدل جعل في مقابلة الدية لانه لا وجه لحمله على الاعتياض عن المقتول وعورض دليل ابيحنيفة رح بانه لو باع المغصوب بعد الهلاك او الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما جاز واجيب بان البيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تمليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال واما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا يقتضي قيام مال متقوم حقيقة **قوله** واذا كان العبد بين رجلين الى آخره ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوّم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبدان كان معسرا والله اعلم

* باب التبرع بالصلح و التوكيل به *

لما كان تصرف المرء لنفسه اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع **قوله** ومن وكل رجلا بالصلح عنه ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه اي عمن وكله في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا اي عليها وهذا كما ترى يدل بظاهره على ان الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقا الا اذا ضمنه فانه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف رح وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل وذكر في شرح الطحاوي والتحفة على الاطلاق جواب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه انه لا بد لتاويل المسئلة من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضات على الانكار فان كان لا يجب على الوكيل شيء وان كان فيها لان الصلح على الانكار

معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم **قوله** وان صالح عنه رجل بغير امره وان صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه * ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما ان قرن بذكر المال ضمان نفسه اولا فالاول هو الوجه الاول * والثاني اما ان اضاف المال الى نفسه اولا فالاول هو الوجه الثاني * والثاني اما ان سلم المال المذكور اولا فالاول هو الوجه الثالث * والثاني هو الرابع * ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خاليا عن الاضافة اما معرفا او منكرا وكل منهما اما ان قرن به التسليم اولم يقرن وقد ذكر وجها حكم المنكر وبقي وجها حكم المعرف ولكن عرف به وجه حكم المعرف المسلم بذكر التسليم في المنكر فبقي حكم المعرف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر اما وجه الاول فانه اذا صالح بمال وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد فصلح ان يكون اصيلا في هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه كالفضولي بالخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال فيكون متبرعا على المدعى عليه لا يرجع عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره فانه يرجع ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى اي لا يصير الدين المدعى به ملكا للمصالح وان كان المدعى عليه مقرا وانما يكون ذلك للذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فاي شيء يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتريا في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين ممن غير من عليه الدين تمليكه من غير من عليه وهو لا يجوز وهذا بخلاف

بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح يصير مشتريا لنفسه اذا كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره فوجه الوجوه الباقية مذكور فى المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على الفي ينفذ على المصالح والتوقف في ما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك على فلان فان فيه يقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر فى الكتاب ذكره فى الذخيرة وباقي كلامه ظاهر لايحتاج الى شرح

* باب الصلح فى الدين *

لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص ابدا يكون بعد العموم **قوله** وكل شيء وقع عليه الصلح بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة لم يحمل الصلح على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي * وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح كمن له على آخر الف درهم جياد حالة من ثمن متاع باعه فصالحه على خمسمائة زيوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض فى المسئلة الاولى وللبعض والصفة فى الثانية ولو صالح عنها على الف مؤجلة صح ويحمل على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بمثلها نسيئة وهو ربوا فانه لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دنانير مؤجلة بطل الصلح لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فيحمل على التاخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف فى الديون في مسائل الصلح لايخرج عن احد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز وكذا اذا كان له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة فانه لايمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا

بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه وهو خير من النسيئة لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام روي ان رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد ان اطعمه الربوا وهذا الان حرمة ربوا النساء ليست الا لشبهة مبادلة المال بالاجل فحقيقة ذلك اولى بذلك ولو كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ولو كانت بالعكس جاز * والاصل ان المستوفي اذا كان ادون من حقه فهو اسقاط كما في العكس واذا كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له فلا يمكن جعله استيفاء فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا فان قيل اذا كان حقه الف درهم نبهرجة فصالحه على الف درهم بخية نقد بيت المال فهو اجود من البهرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة اجاب بقوله وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس وحاصله ان الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربوا كالمسئلة الاولى وانها قوبلت بخمسمائة من السود وهو ربوا واما اذا لم تقع فذلك صرف والجيد والرديء في ذلك سواء يدا بيد ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا لذلك وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة **قوله** ومن له على آخر الف درهم ومن له على آخر الف درهم حالة فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال يحتمل ان يكون معناه وادى اليه ذلك غدا فهو بريء من الباقي فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف كما كان في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله و

وقال ابو يوسف رح لا يعود عليه الا الف لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيده الا جعل اداء
خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي علي والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة
ان يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى
وجوده اي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود
كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة من الالف على ان تؤدي غدا
خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بالشرط يفوت بفواته اي عند فواته
فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط عندنا لكنه عند انتفائه فائت لبقائه على العدم
الاصلي وموضعه اصول الفقه * وانما قلنا انه مقيد بالشرط لانه بدأ باداء خمسمائة في الغد
وانه يصلح غرضا حذارا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا من حيث
المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه وكانه منهما قول بموجب العلة اي سلمنا انه لا يصح
ان يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي ان يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط وقوله ولانه متعارف
معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان كلمة على للشرط لاحد المعنيين اما لوجود المقابلة واما
لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بان يكون تعجيل البعض مقيدا للابراء الباقي والمعروف
عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا **قوله** والابراء مما يتقيد بالشرط
وان كان لا يحتمل التعليق به جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل ان يقول لغريمه او كفيله
اذا اديت او متى اديت الي خمسمائة فانت بريء من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد
بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهما متغايران لفظا ومعنى اما لفظا فهو
ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك واما
معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عرضة ان يزول ان لم يوجد الشرط

وفي التعليق به الحكم غير ثابت وهو بعرضة ان يثبت عند وجود الشرط * والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتمليك * اما الاول فلانه لايتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص * واما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات وتعليق الاسقاط المحض جائز كتعليق العتاق والطلاق بالشرط وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام والابراء له شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لايحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن ثمه حرف شرط وليس في ما نحن فيه حرف شرط وكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته **قوله** كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل **قوله** وسيخرج البدائة بالابراء وعدا بالجواب عما قال ابو يوسف رح كما اذا بدأ بالابراء واذا تاملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه على خمسة ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلوا اما ان بدأ بالاداء اولا فان بدأ به فلا يخلوا اما ان يذكره عقيبه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط اولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول * وان ذكره فهو الوجه الثاني * وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء اولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث * وان لم يبدأ فلا يخلو اما ان بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ فهو الوجه الرابع * وان بدأ فهو الوجه الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على ان الثابت اولا لا يزول بالشك فاذا قدم الابراء حصل مطلقا ثم بذكر ما بعده وقع الشك لانه ان كان عوضا فهو باطل كما تقدم فلم يزل به الاطلاق وان كان شرطا تقيد وزال الاطلاق فاذا وقع الشك لم يبطل به الثابت اولا وفي عكسها عكس ذلك والرابع وجهه

وجهه انه اذا لم يوقت للاداء وقتا ظهر ان اداء البعض لم يكن لغرض لكونه واجبا في مطلق الازمان فلا يصح ان يكون في معنى الشرط ليحصل به التقييد فلم يبق الا جهة العوض وهو غير صالح لذلك كما تقدم والخامس تعليق وقد تقدم ان الابراء لايحتمله فلا يكون صحيحا ومن قال لآخر لااقر لك بما لك علي حتى تؤخره عني او تحطه عني بعضه ففعل اي اخر او حط جاز عليه اي نفذ هذا التصرف على رب الدين فلا يتمكن من المطالبة في الحال ان اخر وابدا ان حط لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف لايقال هو مضطر فيه لانه ان لم يفعل لم يقر لان تصرف المضطر كتصرف غيره فان من باع عينا بطعام يأكله لجوع قد اضطر به كان بيعه نافذا ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا فاما اذا قال علانية يؤخذ المقر بجميعه

* فصل في الدين المشترك *

اخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد **قوله** فاذا كان الدين بين شريكين اذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك الا ان يضمن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريكه في اتباع الغريم او شريكه القابض واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض وهو الدراهم او الدنانير او غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لايجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة بغير اذن الآخر اجاب بقوله لكنه اي المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه

وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وعرّف الدين المشترك بانه الذي يكون واجبا
بسبب متحقق كثمن مبيع صفقة واحدة وثمن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة
مستهلك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد بين رجلين باع احدهما
نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الآخر منه نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بالف درهم
ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب
على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك * قال صاحب النهاية
ثم ينبغي ان لا يكتفي بقوله اذا كان صفقة واحدة بل ينبغي ان يزاد على هذا ويقال
اذا كان صفقة واحدة بشرط ان يتساوى في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعاه صفقة واحدة
على ان نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن
للآخر ان يشاركه فيه لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل ان للمشتري
ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذلك لو اشترط احدهما ان يكون نصيبه خمسمائة
بخية ونصيب الآخر خمسمائة سود لم يكن للآخر ان يشاركه في ما قبضه لان التسمية تفرقت
وتميّز نصيب احدهما عن الآخر وصفا ولعل المصنف رح انما ترك ذكره لانه شرط الاشتراك
وهو في بيان حقيقته * ولما فرغ من بيان الاصل قال اذا عرفنا هذا ونزّل عليه مسئلة الكتاب
هذا اذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه
في ما قبض لما مر من الاصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لانهما لما اشتركا في المقبوض
لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة **قوله** ولو اشترى احدهما بنصيبه ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين وليس الشريك مخيرا
بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لانه استوفى نصيبه بالمقاصة
بين ما لزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كملا اي من غير حطيطة واغماض
لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم فيه الاغماض والحطيطة بخلاف الصلح لان

لان مبناه على ذلك فلو الزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيخير القابض لما ذكرنا من قوله الا ان يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لانه ملكه بعقده فان قيل هب انه ملكه بعقده اما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض اجاب بقوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا ينافي ذلك لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها لزمت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها واما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شيء حتى تقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشرى السلعة بنصيبه لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه لئلا ينقلب ماله عليه فانه خلف باطل فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض في الفصول الثلثة لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم كما اذا مات المحتال عليه مفلسا فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على احد الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك فاقر بذلك لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدينين قضاء من اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كان المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح خلافا لهما

قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب
حيث ذكر قول محمد رح مع قول ابي يوسف رح وذلك سهل لجواز ان يكون المصنف رح
قد اطلع على رواية لمحمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وابو يوسف رح اعتبر التاخير لكونه ابراء
موقتا بالابراء المطلق وقالا يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز احد النصيبين عن الآخر
باتصاف احدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف
شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل ان يقول بتاخير البعض
هل يتميز احد النصيبين عن الآخر اولا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض
وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه
ان تاخير البعض فيه يستلزم التمييز وذكر ما يوجبه في ما يستحيل ذلك فيه فمعنى قوله لامتياز
احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فقد جوزا براء احدهما عن نصيبه وذكر
الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا في ما يستحيل فيه ذلك واجيب
بان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بموجود فلا قسمة لا يقال
لو كان القسمة امرا وجوديا لزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك والاتحاد وما يثبت
قسمة وذلك عدمي فلا نسلم انها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افراد احد
النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع
الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الاصلية ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه
شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر
الدينين فيصير قضاء للاول وكذا اذا استأجر من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فاراد شريكه
اتباعه كان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجه لان ما عدا
منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا الاحراق
عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح وصورته ما اذا رمى النار على ثوب المديون فاحرقه وهو

وهو يساوي نصيب المحرق واما اذا اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك الساكت ان يتبع المحرق بالاجماع * لمحمد رح ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالغصب والمديون صار قابضا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا * ولابي يوسف رح انه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق اتلاف فكان هذا نظير الجناية فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وروى بشر عن ابي يوسف رح انه يرجع لان التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمثله معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيصير قضاء للاول فيتحقق القضاء والاقتضاء والصلح على نصيبه بجناية العمد اتلاف كالتزوج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل اتلف نصيبه * قيل وانما قيد بقوله عمد الانه في الخطاء يرجع عليه واطلقه في الايضاح فقال ولو شجه موضحة فصالحه على حصة لم يلزم لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح واري انه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء

قوله واذا كان السلم بين شريكين اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان يأخذ نصيبه من راس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله الا باجازة الآخر فان اجاز جاز فكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وقال ابو يوسف رح جاز اعتبارا بسائر الديون فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيرا بين ان يشاركه في المقبوض وبين ان يرجع على المديون بنصيبه، كذلك هٰهنا وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه بجامع ان هذا الصلح اقالة وفسخ لعقد السلم ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وجهان * احدهما ان

لو جاز فاما ان اجاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزمه قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا يظهر الا بالتمييز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لنا وله بعض نصيبه **قوله** بخلاف شراء العين جواب عن قياس ابي يوسف رح المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فانا اذا اخترنا فيه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور المذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف رح بقوله وهذا لان المسلم فيه يعني ان المسلم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه * والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بالقدر الذي تقبض الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه واعترض بان هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه واجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يوذن بتقدير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا اي المتأخرون من مشائخنا هذا الاختلاف بين علمائنا انما هو اذا خلطا راس المال وعقدا عقد السلم * واما اذا لم يخلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا وهؤلاء نظروا الى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلم ينفرد احدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون راس المال مخلوطا او غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهؤلاء نظروا الى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لان ذلك باعتبار عشا ركتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل واحد منهما بما يخصه من راس المال وعمسا اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط راس المال او في

الاطلاق ان محمدا رح ذكر الاختلاف في البيع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط ان الآخر لا يشاركه في ما قبض المصالح في قول ابي يوسف رح ولم يذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فظن بعضهم ان ترك الذكر لاجل الاتفاق * قيل وليس بسديد لان الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف في ما خلطا ولم يخلطا

* فصل في التخارج *

التخارج من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم * ووجه تاخيره قلته وقوعه فانه قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب التخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به وله شروط تذكر في اثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قوله واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه حال كون التركة عقارا او عروضا جاز قل ما اعطوه او كثر * وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هناك شرط سنذكره وهذا لانه امكن تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء من الاعيان الغير المضمونة لا يصح فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالته تفسد البيع اجيب بان الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع للامتناع عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا لا يحتاج الى تسليم فلا يفضي الى المنازعة وصار كمن اقر انه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلما مقداره وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان رضي الله عنه وهو ما روي محمد بن الحسين عمن حدثه عن عمرو بن دينار ان احدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له اربع نسوة

واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلثين جزءً فصالحوها على نصف ذلك وهو
جزء من اربعة وستين جزءً واخذت بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا ولم يفسر ذلك
في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه
ذهبا او بالعكس جاز لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض
في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها
في يده يكتفي بذلك القبض اي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح
والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بان يكونا قبضا امانة او قبضا ضمان ناب
احدهما مناب الآخر اما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فاما اذا كان
الذي في يده بقيتها مقرا فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن
من قبضه لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير
ذلك فصالحوه على احد النقدين فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس
ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة وان كان مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم قدر نصيبه
بطل الصلح لوجود الربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض وان كان اقل فلزيادة العروض
وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة
ولا يصح بطريق الابراء ايضا لانه لا بد من التقابض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه
صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبها او اقل من الدراهم حالة التصادق
اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها
من المهر والميراث جاز لان المدفوع اليها حينئذ لقطع المنازعة والافتداء اليمين وليس
في ذلك ربوا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل او كثر وجد التقابض في المجلس
او لا ولو كانت في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز الصلح كيف ما كان
صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع ولكن لا بد من التقابض في المجلس لانه صرف فاذا ليه

قوله واذا كان في التركة دين على الناس واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا من صالح من الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا اما في الدين فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح واما في العين فلاتحاد الصفقة والحيلة في الجواز ان يشترطوا على ان يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول فلان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيل الورثة على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو كانت التركة غير المكيل او الموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او غير ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فما ثمه احتياج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فاما ان يكون مستغرقا او غيره ففي الاول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يتملك التركة وفي الثاني لا ينبغي

ان يصالحوا مالم يقضوا دينه لتقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز واما القسمة فقد قال
الكرخي انها لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا وجه الاستحسان ان الدين يمنع تملك
الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه ووجه القياس
ان التركة لا تخلو عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة والله اعلم

* كتاب المضاربة *

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول الاقرار فلا يحتاج الى الاعادة والمضاربة مشتقة من الضرب
في الارض وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى
وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ * وفي الاصطلاح دفع المال الى
من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا * ومشروعيتها للحاجة اليها فان الناس
بين غني بالمال وغبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد اي خالي اليد
عن المال فكان في مشروعيتها انتظام مصلحة الزكي والغبي والفقير والغني * وفي الحقيقة
راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهي تعلق البقاء المقدر بتعاطيها * وركنها
استعمال الفاظ تدل على ذلك مثل دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة او معاملة
او خذ هذا المال او اعمل به على ان ما رزق الله فكذا * وشروطها نوعان صحيحة وهي
ما يبطل العقد بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك * وحكمها
الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح **قوله** وبعث النبي عليه السلام بيان ان ثبوتها بالسنة
والاجماع فانه عليه السلام بعث والناس يباشرونه فقررهم على ما روي ان عباس بن عبد المطلب
رضي الله عنه كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا
ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
[illegible] النبي عليه السلام [illegible] من اقسام السنة على ما علم [illegible]
[illegible] من غير نكير فكان اجماعا **قوله** ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده

يده المدفوع الى المضارب من المال امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه فاذا ربح فهو شريک فيه لتملكه جزءً من المال بعمله وهو شائع فيشركه واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب اجر المثل وذلک انما يکون فی الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره **قوله** المضاربة عقد على الشركة هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم ان الشركة في ماذا فسّره المصنف رح بقوله ومراده الشركة فی الربح اي لا في رأس المال مع الربح لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها اي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفائها لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة الا يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة او شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو ان يكون رأس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله او فلوسا رائجة عند محمد رح وبما سواها لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لان عقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة يعني انه مشتمل على التوكيل والاجارة بالاراء او الاجازة بالازاي وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان فی المستقبل فيجب ان يکون عقد المضاربة كذلک لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة وبخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك لي فانه لا تصح المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التخريج اما عند ابي حنيفة رح فلان

(كتاب المضاربة)

هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع اي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر الف درهم فامره ان يشتري بها هذا العبد الى آخره واذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله واذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح واما عندهما فان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري للآمر فيصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز قوله ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا ومن شرط المضاربة ان يكون الربح بينهما مشاعا معناه ان لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يبطل الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء مناف له واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الآخر ثم فسر ذلك بقوله فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر مثله لفساده لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة وهذا اي وجوب اجر المثل لانه عمل لرب المال بالعقد وابتغى به عن منافعه عوضا ولم ينله لفساد العقد ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لكونه لرب المال لانه نماء ملكه فتعين اجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف رح قيل والمراد بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك تغيير المشروع فكان وجوده كعدمه وقال محمد رح يجب بالغا ما بلغ كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لانه اجير واجرة الاجير تجب بتسليم المنافع كما في اجير الوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافعه او بتسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد ذلك وعن ابي يوسف رح انه لا يجب له شيء اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فان فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا مع انها فوق الفاسدة بمعنى الفاسد داوى ان ... ل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فانه قوي فان العقد الفاسد ... حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد واجيب بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد

تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر
عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله في ما عمل والمال في المضاربة الفاسدة
غير مضمون بالهلاك لوجهين * احدهما الاعتبار بالصحيحة * والثاني ان راس المال
عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غير فلا يضمن كاجير الوحد وهذا التعليل يشير الى
ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك
الوقت لآخر لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما
لا يمكن لاجير الوحد ان يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول ابي جعفر
الهندواني رح وقيل المذكور ههنا قول ابي حنيفة رح وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده
بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير
المشترك لان له ان يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن
اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند ابي حنيفة رح خلافا لهما قال الامام الاسبيجابي
في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال
في يد المضارب صحت او فسدت امانة لانه لما قصد ان يكون المال عنده مضاربة فقد قصد
ان يكون امينا وله ولاية جعله امينا * ولما كان من الشروط ما يفسد العقد و منها ما يبطل
في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جملي فقال كل شرط يوجب
جهالة في الربح كما اذا قال لك نصف الربح او ثلثه او شرط ان يدفع المضارب داره الى
رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده وهو الربح
وفي الصورتين المذكورتين جعل المشروط من الربح في مقابلة العمل واجرة الدار والارض فكانت
حصة العمل مجهولة وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتفسد الشروط كاشتراط
الوضيعة على رب المال او عليهما والوضيعة اسم لجزء هالك من المال ولا يجوز ان يلزم
غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على

رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل تفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اي المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح لجواز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه **قوله** ولابد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا بد ان يكون راس المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه بتصرف او عمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة وشرط عمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير اذا دفع وليه او وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فانه لا يجوز لان يد المالك ثابتة وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام ملكه وان لم يكن عاقدا واذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فاما ان يكون من اهل المضاربة في ذلك المال اولا فان كان الاول كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكان كالاجنبي وكان اشتراط العمل عليهما بجزء من المال جائزا وان كان الثاني كالماذون يدفع المال مضاربة فسدت لانه وان لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة وزوالها بزوال المالك في عادي يرجع الى التصرف فكان قيامها مانعا عن صحة [illegible] اذا [illegible] المضاربة مطلقة المراد بالمطلق ما لا يكون مقيدا بزمان ولا مكان [illegible] دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب ان يبيع نقدا

(كتاب المضاربة)

نقدا او نسيئة ويشتري ما بدا له من سائر التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو من صنيع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويبضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم ولفظ المضاربة مشتقة من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعن ابي حنيفة رح انه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وظاهر الرواية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنيع التجار ولا يجوز للمضارب ان يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله ولا يرد جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير في ما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال لما تجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجيء في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهما دونه فيتضمنهما وبخلاف الاقراض فانه لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه التعميم في ما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض اما الدفع مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه فمن صنيعهم فيجوز ان يدخل تحت هذا القول يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعددت جهة الجواز فينبغي ان يترجح على جهة العدم اجيب بان كلا من جهتي الجواز صالحة للعلية فلا يترجح

(كتاب المضاربة)

غيرها بها كما عرف وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له
ان يتجاوزها لانه توكيل والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص في بلد بعينه
فائدة من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وخيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف
البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها توفيرا
لما هو المقصود وهو الربح وليس له ان يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك
الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره فان خرج به الى غير تلك البلد فاشترى ضمن
وكان المشترى وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يشتر ورده الى
بلده الذي عينه سقط الضمان كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة
على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة
واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد اجيب بانه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير
لم تزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار
على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفس
الاخراج واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج البعض منه ولم يشتر به
ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما بينا من البقاء
في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه فيه وببعض آخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه
في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة
اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة في ما بقي وفيه نظر
لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقة
موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر بعد الضمان وقد اشار الى اختلاف رواية الجامع الصغير
والمبسوط قال المصنف رح والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر
الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير للتقرر

للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان يشتري في سوق الكوفة

حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالحجر والولاية اليه ونوقض بما لو قال على ان تبيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على اصل وهو ان القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه * فالاول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم * والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بثمن كان عن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا * واما الثالث فكالنهي عن السوق فانه مفيد من وجه من حيث ان البلد ذات اماكن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف اماكنه وغير مفيد من وجه وهو ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايفاء في السلم ان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية الحجر ولم نعتبر عند السكوت عنه **قوله** ومعنى التخصيص ذكر الفاظ تدل على التخصيص وتقديره الكلام ومعنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجملة ذلك ثمانية * ستة منها تفيد التخصيص * واثنان منها يعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصلح الابتداء به ويصلح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لاستغناء الضرورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان كذا او قال خذه تعمل به بالكوفة مجزوما او مرفوعا وكلام المصنف رح يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المصنف رحمه الله الا ان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة ما لا يصلح الابتداء به بحيث لا يصلح

(كتاب المضاربة)

ان يبتدأ بقوله على ان تعمل كذا او بقوله تعمل بالكوفة او بغيرهما وهو واضح لكنه يصلح جعله متعلقا بما تقدم فيجعل قوله على ان تعمل شرطا اذ المفيد منه معتبر وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقوله تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذه مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في معناه لان الفاء فيهما للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق وتقتضي الصاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو بكون العمل فيها واذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف اعمل بالكوفة بغير واو وبه فقدا عقب ما يصلح الابتداء به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء بها فاعتبر كلاما مبتدأ فيجعل مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا يجعل واو الحال كما في قوله ادّ الي الفا وانت حر اجيب بعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مفيد الزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات قضاء واقتضاء ومناقشة في الحساب وفي التنزه عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع مالا في الصرف على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول يعني من اهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا معتبر بغيره **قوله** وهذا هو المراد عرفا لا في ما وراء ذلك يعني غير المكان في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد وتضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاهل ان يكون شراؤه من كوفي لا من غيره سواء كان بالكوفة او بغيرها وتقريره ان مقتضى اللفظ قد يترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج عن الكوفة بالمال وقد حصل ذلك بها والمالم يخص المعاملة بشخص بعينه مع

مع تفاوت الاشخاص دل على ان المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلک وقوله وكذلک
ان وقت للمضاربه معناه ان التوقيت بالزمان مفيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان **قوله**
وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال ليس للمضارب ان يشتري
من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها كالمحلوف بعتقه لان العقد وضع لتحصيل الربح
وذلک يتحقق بالتصرف مرة بعد اخرى وذلک لا يتحقق في شراء القريب لعتقه فالعقد
لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكيل بشراء عبد مطلقا
ان اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلک لان الربح المحتاج الى تكرر
التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وقيد بقوله اشتر لي عبدا ابيعه
فاشترى من يعتق عليه كان مخالفا ولهذا اي ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملک بالقبض كالخمر والشراء بالميتة لانتفاء التصرف فيه
لتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بعد القبض ممكن فيتحقق المقصود ولو فعل
اي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى
وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احتراز
عن الصبي والعبد المحجور فان شراء هما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان
نقد الثمن من مال المضاربة فيتخير رب المال بين ان يسترد المقبوض من البائع ويرجع
البائع على المضارب وبين ان يضمن المضارب مثل ذلک لانه قضى بمال المضاربة
دينا عليه واما شراء من يعتق على المضارب ففيه تفصيل اما ان يكون في المال ربح اولا
فان كان لم يجز له ان يشتريه لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال لانتفاء جواز
بيعه لكونه مستسعى عند ابي حنيفة رح او يعتق الكل عندهما على الاختلاف المعروف في تجزي
الاعتاق فيمتنع التصرف فينتفي المقصود وان اشتراهم من مال المضاربة ضمن لانه يصير
مشتريا العبد لنفسه فيضمن ان كان نقد الثمن من مال المضاربة وان لم يكن في المال

ربح جاز ان يشتريهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة فيه فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة اي نصيبه من الربح امر حكمي لا صنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كالمرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو راس المال وحصة رب المال من الربح لانه احتبست ماليته عند العبد فيسعى العبد فيه كما في الوراثة **قوله** وان كان مع المضارب الف بالنصف وان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر وان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار وكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه لكنه اي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد من الام والغلام مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل واحد منها يساوي راس المال كما لو اشترى بالف المضاربة عبدين كل واحد منهما يساوي الفا فانه لا يظهر الربح واذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد واعترض بوجهين * احدهما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فيبقى كذلك وتعين ان يكون الولد كله ربحا * والثاني ان المضارب اذا اشترى بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربحهما حتى لو وهب ذلك رجل وسلمه صح واجيب

واجيب عن الاول بان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها راس المال كان راس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن احدهما اولى لذلك من الآخر فاشتغلا براس المال وعن الثاني بان المراد بقوله اعيانا اجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة واحدة فاذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حياله لكون الرقيق اجناسا مختلفة عند ابي حنيفة رح قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة * واذا امتنعت القسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا براس المال فاذا ازدادت قيمة الغلام على مقدار راس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح الا انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لان ذلك انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك لحدوث الملك واما ما نحن فيه فاخبار فجاز ان ينفذ عند حدوثه كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه فانه يعتق عليه واذا صحت الدعوة ونفذت يثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لان عتقه ثبت بالنسب والملك آخرهما فيضاف اليه لان الحكم اذا ثبت بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا اصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمان الاعتاق يعتمد ذلك واذا انتفى الضمان بقي احد الامرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى لاحتباس ماليته عند نفسه وان شاء اعتق لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رح ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا تجعل الجارية راس المال والولد كله ربحا واجيب بان ما يجب على الولد بالسعاية من جنس راس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين

الالف من الثغاية فراس المال انسب للتجانس وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية راس المال وقد تلفت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس راس المال ثم ان قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهران الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر اشارة الى قوله لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف رح العقر وهو من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب والله اعلم

* باب المضارب يضارب *

مضاربة المضارب مركبة فاخرها عن المفرد اختلف علماؤنا في موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال فروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فالموجب هو حصول الربح فاذا ربح الثاني ضمن الاول لرب المال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح ثم رجع ابو يوسف رح وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر رح لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى اي موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولابي حنيفة رح ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده

وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره وهذا اي وجوب الضمان على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة واطلق القول ليتناول كلا منهما فان الاولى اذا كانت فاسدة او الثانية او كلتيهما جميعا لم يضمنه الاول لان الثاني اجير فيه وله اجر مثله فلم تثبت الشركة به الموجبة للضمان فان قيل اذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية لان مبناها على الاولى فلا يستقيم التقسيم اجيب بان المراد بجواز الثانية حينئذ ما يكون جائزا بحسب الصورة بان يكون المشروط للثاني من الربح مقدارا تجوز به المضاربة في الجملة بان كان المشروط للاول نصف الربح وهو مائة مثلا وللثاني نصفه **قوله** ثم ذكر في الكتاب يعني القدوري يضمن الاول ولم يذكر الثاني قيل اختيار منه لقول من قال من المشائخ ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ومنهم من يقول رب المال بالخيار بين تضمين الاول والثاني في هذه المسئلة باجماع اصحابنا وهذا القول هو المشهور من المذهب وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده لكن لا بد من بيان فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع ووجهه ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد اي بسببه لانه عامل له اي للمضارب الاول كما في المودع واعترض بان كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامل للمضارب الاول واجيب باختلاف الجهة يعني ان المضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته

في الربح وعاملا لغيره من حيث انه في الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عاملا لنفسه ويجوز ان يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المعاوضة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار وتصح المضاربة الثانية والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خبث فيه والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق **قوله** فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح * وانما قال يطيب لهما ذلك اي المضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين الا يرى انه لو ابضع المال مع غيره او ابضعه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان الغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسلكه فقطع عليه الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه *

* فصل *

لما كان للمضاربة بعد ادخال عبد المضارب او رب المال حكم غيره ما ذكر ذكره في فصل على حدة فقال واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على ان يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب في ما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه

معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على ان يعمل العبد معه احترازعما اذالم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا * اما ان يكون على العبد دين اولا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب او عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد بما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه لان ما شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رح لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رح اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف فاما اذا شرطا ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحا فهو جائز على ما شرطا سواء كان على العبد دين اولم يكن لان للعبد يدا معتبرة لاسيما اذا كان ماذونا له فاشتراط العمل أذن له ولهذا اي ولان للعبد يدا معتبرة لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا اي ولكون اليد معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له يجوز بيع المولى من عبده الماذون يعني اذا كان مديونا على ما سيجيء واذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة والشرط يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واما اذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد الماذون له الى آخره ظاهر

* فصل في العزل والقسمة *

لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح آل الامر الى ذكر الحكم الذي يوجد بعده وهو عزل

المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وبموت الموكل تبطل الوكالة ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع الثمن اليه قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع به عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي واذا ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة يعني اذا لم يعد مسلما واما اذا عاد مسلما قبل القضاء او بعده كانت المضاربة كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحق المضارب كما لو مات حقيقة واما قبل لحوقه فيتوقف تصرف المضارب عند ابي حنيفة رحمه الله لان المضارب يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه موقوف عنده فكذا تصرف من يتصرف له ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان له عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتمييز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبني على صحة الوكالة وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة خلا ان ما يلحقه من العهدة في ما باع واشترى يكون على رب المال في قول ابي حنيفة رح لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته تقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله حاله

حاله في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال **قوله** وان عزل رب المال المضارب اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولايمنعه العزل عن ذلك نقدا ونسيئة حتى لونهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح مقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على راس المال بتمييزه وراس المال انما ينض اي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير فقد نضت فلم يجزله ان يتصرف فيهما لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلاضرورة في ترك الاعمال قال المصنف رح هذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الابه وصار كالعروض **قوله** وعلى هذا موت رب المال يريد به ان العزل الحكمي كالقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولاتفاوت في ذلك بين العزلين واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير واجره الربح وان لم يربح لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض حينئذ والوكيل متبرع والمتبرع لايجبر على ايفاء ما تبرع به فان قيل رد راس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لايتم الابالقبض وما لايتم الواجب الابه فهو واجب اجيب بانا لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء فاذا فعل ذلك فقد ازال يده ولابد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل

يضيع حق رب المال وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروفة وهو اشتمالهما على النقل وانما فسره بذلك لان احل ربما يوهم ان راس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك وعلى هذا سائر الوكالات يعني ان الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء واما البياع والسمسار وهو الذي يعمل للغير بيعا وشرى فانهما يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجر عادة واذا وصل اليه اجره اجبر على اتمام عمله واستيجاره قلما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء فقد استوجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط له اجرا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله **قوله** وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الاصل في هذا ان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى ربه قال عليه السلام مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى يسلم له عزائمه او قال عليه السلام فرائضه ولان رأس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل حصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان عليه لانه امين وان اقتسما ترادا لان القسمة تعيد ملكا موقوفا ان بقي ما عدل رأس المال الى وقت الفسخ كان ما اخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين ان المقسوم رأس المال

* فصل في ما يفعله المضارب *

ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضاربة زيادة للافادة تنبيها على مقصودية افعال المضاربة بلا اعادة **قوله** ويجوز للمضارب ما كان من صنيع

صنيع التجار يتنا وله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فجاز للمضارب ان يبيع بالنقد
والنسيئة لانه من ذلك الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بان باع
الى عشر سنين لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص بنوع كالطعام مثلا
واما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشترى طعاما لحمله عليها وظاهر
كلامه يدل على ان ذلك اذا كان للركوب لا يجوز واما اذا كان للحمل فهو ساكت
عنه وله ان يستكريها اي السفينة والدواب مطلقا اعتبارا لعادة التجار فانه اذا اشترى
طعاما لا يجد بدا من ذلك فهو من توابع التجارة في الطعام وله ان يأذن لعبد المضاربة
في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لان ابن رستم روى
عن محمد رح انه لا يملك الاذن في التجارة لانه بمنزلة الدفع مضاربة * والفرق بينهما
ان المأذون لا يصير شريكا في الربح ولو باع نقدا ثم اخر الثمن جاز بالاجماع
اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب
اولى لعموم ولايته لكونه شريكا في الربح او بعرضية ذلك الا ان الوكيل يضمن كما تقدم
والمضارب لا يضمن لان له ان يقايل العقد ثم يبيع نسيئة لانه من صنيع التجار فجعل تأجيله
بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن اذا اخر الثمن لانه لا يملك
الاقالة والبيع نسيئة بعد ما باع مرة لانتهاء وكالته واما عند ابي يوسف رح فلان المضارب
يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وان كان الوكيل لا يملك ذلك ولو قبل المضارب
الحوالة جاز سواء كان ايسر من المشتري او اعسر منه لما ذكرنا انه لو اقال العقد مع الاول
ثم باعه بمثله على المحال عليه جاز فكذا اذا قبل الحوالة ولانه من صنيعهم بخلاف الوصي
يحتال بمال اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد ان يكون المحال عليه ايسر * ثم ذكر الاصل
في ما يفعله المضارب بانواعه الثلثة وهو ظاهر ثم قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة

لان التزويج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بها وجوز ابو يوسف رح تزويج الامة لانه جعله من الاكتساب بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب انه ليس بتجارة وان كان فيه كسب فصار كالاعتاق على مال لا يدخل تحت المضاربة قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال فان دفع الى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافا لزفر رح قال رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون مستردا للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداء ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبي فبرب المال اولى لكونه اشفق على المال فلا يكون استردادا بخلاف ما اذا شرط العمل عليه ابتداء لانه يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلا لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في مال نفسه اجيب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجاز توكيله فان قيل لو كان كذلك لصح المضاربة مع رب المال اجاب بقوله وبخلاف ما اذا دفع المال الى ... مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضا... ...رب المال هما فلو جوزناه ادى الى قلب الموضوع ولقائل ان يقول رب المال اما ان يصير بالتخلية كالاجنبي اولا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الابضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بموجود بخلاف البضاعة فانها توكيل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز ان يوكل وليس ا... ...لم تصح المضاربة الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضا... كلام المصنف رح يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضـ... كذلك فان الدليل لم يفصل بين

بين كونه بعضا اوكلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضارب لان رب المال ان اخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير امره وباع واشترى فان كان رأس المال نقدا فقد نقض المضاربة اذ الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملا لنفسه ومن ضرورة ذلك انتقاض المضاربة وان صار راس المال عرضا لا يكون نقضا لان النقض الصريح اذا كان راس المال عرضا لم يعمل فهذا اولى **قوله** واذا عمل المضارب في المصر فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضاربة بما ذكر من الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس ان لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره او بمنزلة الاجير بما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق احد هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به الا انا تركناه في ما اذا سافر بالمال لاجل العرف وفرقنا بينه وبين المستبضع بانه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بانه عامل له ببدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلوا نفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا اخذ شيئا للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذاك لها والنفقة هي مايصرف الى الـ[illegible] ـه كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراءً اوكراءً كل ذلك بالمعروف و[illegible] ـا كان من معدات تثمير المال كغسل الثياب واجرة الخادم والحمام والحلا[illegible] ـابة والادهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل ا[illegible] ـابه ماشيا في حوائجه يعد من الصعاليك

ويقل معاملوه فصار به تكثر الرغبات في المعاملة معه من جملة النفقة والدواء يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لاصلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب **قوله** واذا ربح اخذ رب المال يريد ان المضارب اذا انفق من مال المضاربة فربح يأخذ رب المال رأس ماله كاملا ليكون النفقة مصروفة الى الربح دون راس المال فاذا استوفاه كان ما يبقى بينهما على ما شرطا فان باع المضارب المتاع بعد ما انفق مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ ولا يحتسب ما انفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وانما ذكرها بعد ما مر تمهيدا لقوله وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الالوان كالحمرة الا السواد عند ابي حنيفة رح لان الصبغ عين قائم بالثوب فكان شريكا بخلط ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فاذا بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغ فما بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وان باعه مرابحة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فما بينهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصارة بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالثوب ولم يزد به شيء ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا واذا اصبغ المغصوب لم يضع بل يتخير رب الثوب بين ان يعطي ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وبين ان يضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه واذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون اقل حالا منه فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب ان يضمن كالغاصب، بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في

في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اخسه مه بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن * وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا بهذا العمل او غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك الله اعلم

* فصل آخر *

هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة **قوله** فان كان معه الف ما ذكره المصنف رح واضح ومبناه على اصل وهو ان ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضمون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها * وتحقيقه ما ذكره فخر الاسلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة واشترى بها بزا فهو مضاربة فاذا باعه بالفين ظهرت حصة المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى جارية بالالفين وقع ربعها للمضارب لان ربع الثمن له وثلثة ارباعها لرب المال فاذا هلك الثمن كان غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لا محالة واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لان مبنى المضاربة على ان المضارب امين فيكون الضمان منافيا لها ولو ابقينا نصيبه على المضاربة لابطلنا ما غرم لانه يحصل ان يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك الف بقيت ثلثة آلاف فذلك على المضاربة لان ضمان رب المال يلائم المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك الفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين **قوله** وان كان معه الف معناه واضح وقوله لتغائر المقاصد لان مقصود رب المال وصوله الى الالف

مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد وقوله الا ان فيه شبهة العدم
اي عدم الجواز لانه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفد به الفا
لم يكن في ملكه والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاعتبر اقل الثمنين وهو خمسمائة
لثبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله **قوله** فان كان
معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطاء كان الدفع والفداء
اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه فلثلاثة ارباع الفداء
على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وكان الملك
بينهما ارباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما ولهذا عتق الربع
ان كان العبد قريبه والف وهو راس المال وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كانت عينين
فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة اما نصيب
المضارب فلما بيناه انه صار مضمونا عليه فلا يكون امانة ومال المضاربة امانة واما نصيب
رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما لاستخلاص
كل منهما بالفداء ما يخصه والمضاربة [illegible] القسمة بخلاف ما تقدم يعني به ما اذا ضاع
الالفان في المسئلة المتقدمة [illegible] هي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه
على المضارب لكونه العاقد والدفع [illegible] فداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله ولان العبد
كالزائل لانه استحق بالجناية والمستحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهلاك فدفع
الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا خارجا عن المضاربة يخدم المضارب يوما
ورب المال ثلثة ايام بخلاف ما تقدم يريد [illegible] في المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ضاع
الالفان فان العبد فيها على المضاربة فان [illegible] شترى بها عبدا وهلكت قبل النقد
الى البائع [illegible] جع المضارب على رب [illegible] ويكون رأس المال جميع
ما يدفعه لان [illegible] في يده امانة وقد هلك وبقي [illegible] هو عامل لرب [illegible] وجب

فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا
لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة وبينهما
منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع على رب المال مرة بعد اخرى
الى ان يسقط عنه العهدة بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه
قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا
لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير
وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر
امينا وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد تقدم على قبض الامانة فيجوز
ان يعتبرا جميعا وليس في ما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته
لاثبات حكمين متنافيين ولو غصب الفا فضارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال
المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق
دفعا للتحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم
الوقوع ويمكن ان يجاب عنه بان مقصودا لمد ... الله دفع استحالة اجتماعهما واما كونه
مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل فا ... طل حق الموكل اذا رجع عليه
بالف اخرى اصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه ... س المال ويستوفيه من الربح وحمله
على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرورة
بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري وقوله ولو غصب الفا الى آخره لم يثبت فيه رواية
تحوج الى الفرق بينهما وقوله ثم في الوكالة ... بين ما اذا دفع المال ثم اشترى الوكيل وبين ما اذا
اشترى ثم دفع فانه يرجع في الاول و ... في الثاني لا يرجع اصلا وكلامه فيه واضح والله اعلم

* فصـ ... ختلاف *

اخ ... ما قبله لانه في الاختلا ... بعد الاتفاق لان الاصل بين المسلمين

قوله وان كان مع المضارب الفان اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار راس المال مثل ان يقول المضارب ومعه الفان دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك العين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك اي مع الاختلاف في رأس المال مثل ان يقول رب المال رأس المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف والمشروط نصفه فالقول فيه اي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان اما في رأس المال فلما مر من الدليل واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهة رب المال ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة علي ما ادعي من فضل قبلت بينة رب المال علي ما ادعي من الفضل في رأس المال وبينة المضارب علي ما ادعي من الفضل في الربح لان البينات للاثبات واذا كان الاختلاف في صفة رأس المال كما اذا قال من معه الف درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته بمقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر وسماه مضاربا وان اتفقا علي عدمه لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ... قرضه ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التمليك ولو ادعي رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما علي الاخذ بالاذن ورب المال يدعي علي المضارب الضمان وهو ينكر والبينة

والبينة لرب المال وان اقاماها لانها تثبت الضمان واذا كان فى العموم والخصوص فان كان
قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما ذكر
وكذا اذا انكر العموم لانه يجعل انكاره ذاك نهيا له عن العموم وله ان ينهى عنه قبل التصرف
اذا ثبت منه العموم نصا فهنا اولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله
واستحسانا وان كان المضارب يدعيه فالقول قوله مع يمينه استحسانا لان الاصل فيها العموم
والتخصيص بالشرط بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف صح وملك به جميع
التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص
كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم متمسكا بالاصل فكان القول له ولو ادعى
كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص والاذن يستفاد من جهته
والبينة بينة المضارب قال ... الضمان وعدم حاجة الآخر الى
واعترض عليه بان البينة ... يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة
واجيب بان اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمها نفي الضمان فاقام المصنف رح اللازم
الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج
ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير ... الشرطين ينقض الا
لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت احدهما دون ... لرب المال لانه تع
بهما معا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما
رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت

قد طُبع بعون الله ذي الكفاية بالهداية * الجزء الثالث من كتاب ... سنة الف ومائتين
وخمسة واربعين من هجرة سيد الانام * على صاحبها الف الف صلوة وسلام * ما اتصلت
الليالي بالايام * ... من شهر شعبان * للعلامة النبيل امام المحققين * الشيخ
الهمام ... والدين * محمد بن محمود بن احمد الحنفي توفي سنة سبعمائة وستة
وثمانين * ... عليه ... رحمة والغفران وبواه دار الجنان * بتصحيح زبدة العلماء
...
...
...
محمد بشير الدين * وذي ... * والرأي المستقيم * المولوي محمد ... * والعامل الذي
... بالتحصيل ... المولوي ... * صادق ... * وافاض على العالمين
بركاتهم * باهتمام ... * ...
... رئيس ... على ... * ... چاند ... *
... الحكومة ...